



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna
della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Civili

VOLUME I

Anno 2019

La giurisprudenza delle Sezioni Civili

Anno 2019

DIRETTORE: *Maria Rosaria San Giorgio*
DIRETTORE AGGIUNTO: *Maria Aciermo*
COORDINATORE: *Paola D'Ovidio*

hanno collaborato alla redazione

Irene Ambrosi, Fabio Antezza, Giovanni Armone, Stefania Billi, Dario Cavallari, GianAndrea Chiesi, Marina Cirese, Vittorio Corasaniti, Francesco Cortesi, Paolo Di Marzio, Luigi Di Paola, Milena D'Oriano, Paola D'Ovidio, Giovanni Fanticini, Ileana Fedele, Giuseppe Fichera, Vincenzo Galati, Chiara Giammarco, Gianluca Grasso, Luigi La Battaglia, Salvatore Lenzzi, Laura Mancini, Anna Chiara Massafra, Maria Elena Mele, Roberto Mucci, Angelo Napolitano, Aldo Natalini, Giuseppe Nicastro, Andrea Penta, Stefano Pepe, Valeria Pirari, Eleonora Reggiani, Raffaele Rossi, Salvatore Saija, Donatella Salari, Antonella Filomena Sarracino, Paolo Spaziani.

INDICE GENERALE

VOLUME PRIMO

PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE

PRESENTAZIONE	XXXI

PARTE INTRODUTTIVA

I) LA CORTE DI CASSAZIONE NEL DIALOGO CON LA CORTE DI GIUSTIZIA UE: UN RUOLO IN CONTINUA EVOLUZIONE.

(DI MILENA D'ORLANO)

1. La Corte di cassazione, posizioni consolidate e profili in evoluzione nei rapporti con il diritto dell'Unione.	3
2. La sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: il contenuto della decisione, le conseguenze e le ragioni della "svolta".	4
3. Chiarimenti e precisazioni in tema di "doppia pregiudizialità".	6
4. L'attuale scenario dei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia UE.	9
5. Le posizioni della Corte di Giustizia UE all'esito del <i>revirement</i> della Corte costituzionale italiana.	11
6. La giurisprudenza di legittimità a confronto con il diritto unionale.	13
6.1 Il rinvio pregiudiziale.	15
6.2. La CDFUE.	17
6.3. I principi generali dell'Unione.	20
6.4. L'interpretazione conforme.	25
6.5. La disapplicazione.	29
6.6. L'attuazione del diritto dell'Unione.	33

II) L'APPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CASSAZIONE CIVILE

(DI GIANLUCA GRASSO)

1. Premessa.	37
2. La giurisprudenza costituzionale sul diritto dell'Unione e sulle norme della CEDU.	37
2.1. Il fondamento della diretta applicazione del diritto dell'Unione.	37
2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano e i poteri del giudice nazionale comune. Il sindacato della Corte costituzionale.	39
2.2.1. Il "diritto consolidato" e la "sentenza pilota": i vincoli derivanti dall'interpretazione della Corte di Strasburgo.	41
2.2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: persistenza del rilievo delle norme della CEDU quali "norme interposte" ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost.	44
3. La giurisprudenza della Cassazione civile. Casistica relativa all'applicazione delle norme della CEDU.	45
3.1. Diritto a un equo processo e accesso alla tutela giurisdizionale.	45
3.2. Il diritto di famiglia.	48
3.3. Il cittadino straniero.	49
3.4. Le sanzioni amministrative.	52
3.5. Il diritto tributario.	53
3.6. La materia previdenziale e fallimentare.	54

PARTE PRIMA

I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA PERSONA: DIRITTI DELLA PERSONALITA' E DIRITTI DI NUOVA EMERSIONE

(DI GIOVANNI ARMONE E MARINA CIRESE)

1. Premessa.....	57
2. Il diritto alla riservatezza.....	58
2.1. Il diritto all'oblio ed il diritto alla rievocazione storica.....	58
2.2. <i>Privacy</i> e banche.....	60
2.3. Il diritto all'immagine.....	61
2.4. Profili processuali.....	62
3. Lo <i>ius eligendi sepulchrum</i>	63
4. I diritti di nuova emersione.....	64

CAPITOLO II

LE RELAZIONI FAMILIARI E GENITORIALI

(DI GIOVANNI ARMONE, PAOLO DI MARZIO, CHIARA GIAMMARCO ED ELEONORA REGGLANI)

1. Giurisdizione internazionale, cause matrimoniali e residenza abituale del minore.....	69
2. La separazione personale dei coniugi.....	72
2.1. La separazione personale dei coniugi, <i>profili processuali</i>	73
3. Il contributo al mantenimento del coniuge, il risarcimento del danno per la violazione dei doveri coniugali e l'addebito della separazione.....	75
3.1. L'addebito della separazione e la riconciliazione, <i>profili processuali</i>	77
4. Il divorzio, <i>profili processuali</i>	78
5. L'assegno divorzile.....	78
5.1. L'assegno divorzile, <i>profili processuali</i>	80
6. Il regime patrimoniale della famiglia: comunione legale dei beni, fondo patrimoniale, <i>trust</i> e impresa familiare.....	82
6.1. Il regime patrimoniale della famiglia, <i>profili processuali</i>	87
7. Il mantenimento dei figli, <i>profili processuali</i>	87
8. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia.....	88
8.1. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia, <i>profili processuali</i>	91
9. La protezione dei soggetti bisognosi.....	92
9.1. La protezione dei soggetti bisognosi, <i>profili processuali</i>	94
10. Prossimi congiunti e scelta del luogo di sepoltura.....	97
11. Questioni in materia di matrimonio concordatario.....	98
12. Le unioni civili e le convivenze di fatto.....	99
13. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice nei procedimenti separativi.....	100
13.1. Questioni processuali.....	101
13.2. Le scelte sull'affidamento dei figli.....	102
13.3. Le statuizioni sull'affidamento e le restrizioni ai diritti del genitore.....	104
14. I procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale.....	106
14.1. Questioni processuali.....	106
14.2. L'affidamento temporaneo interfamiliare.....	107
15. La sottrazione internazionale di minori.....	108
16. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi.....	109
16.1. Aspetti processuali.....	110
16.2. Lo stato di abbandono.....	111

16.3. Il riconoscimento delle sentenze straniere di adozione, l'ordine pubblico e l'interesse del minore.....	112
17. La filiazione e gli atti dello stato civile.....	114
18. L'attribuzione dello <i>status filiationis</i> tra consenso e verità.....	115
19. Le azioni di disconoscimento e riconoscimento: questioni processuali.....	116
20. Azioni di stato filiale e rapporti con gli altri giudizi.	118

CAPITOLO III

I DIRITTI DEI CITTADINI STRANIERI

(DI MARINA CIRESE, CHIARA GLAMMARCO, ALDO NATALINI, DONATELLA SALARI)

1. Questioni processuali vecchie e nuove nelle controversie in materia di protezione internazionale.	121
1.1 . La competenza ed il rito applicabili alla protezione umanitaria ai sensi del d.l. n. 13 del 2017, prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 113 del 2018.	122
1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011.....	123
1.3. Le modifiche alla sospensione feriale dei termini introdotte dal d.l. n. 13 del 2017.....	124
1.4. I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017.	124
1.5. Questioni di competenza per territorio.	125
1.6. La composizione del giudice (il ruolo dei g.o.t. nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale).	127
1.7. La garanzia della traduzione degli atti per i richiedenti asilo.	128
1.8. La fase istruttoria del procedimento per la protezione internazionale: l'udienza e l'audizione del ricorrente.	129
1.9. L'onere probatorio attenuato ed il dovere di allegazione del richiedente, la valutazione di credibilità delle sue dichiarazioni e il dovere di cooperazione del giudice.	132
1.10. I vizi del procedimento amministrativo davanti alla C.T. ed alla Commissione nazionale per il diritto di asilo e la valutazione del giudice dell'impugnazione.	139
1.11. I vizi della motivazione del provvedimento giurisdizionale e le garanzie di difesa del richiedente nel procedimento di impugnazione.	140
1.12. La reiterazione della domanda per il riconoscimento della protezione internazionale.	142
1.13. Ricorso per cassazione: ragioni di inammissibilità.	142
1.14. Ammissione al patrocinio a spese dello Stato e raddoppio del contributo unificato.	145
2. Cenni sulla protezione internazionale in generale.....	146
3. I presupposti del riconoscimento dello <i>status</i> di rifugiato e della protezione sussidiaria.	151
4. Il diritto alla protezione umanitaria: premessa.	155
4.1. La protezione umanitaria.	156
4.2. Le ragioni umanitarie e il regime probatorio.....	159
4.3. La nuova protezione umanitaria ed i regimi intertemporali.	163
5. L'espulsione amministrativa.	166
5.1. I casi d'inespellibilità.	169
5.2. Il trattenimento dello straniero e le misure alternative.....	170
6. La tutela dell'unità familiare e dei minori: premessa.	171
6.1 I limiti al divieto di espulsione: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana.....	171
6.2. L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare.	174
7. Apolidia e cittadinanza in generale.	177
7.1. I modi di acquisto della cittadinanza.	179

PARTE SECONDA

I DIRITTI A CONTENUTO ECONOMICO

(coordinata da Gian andrea Chiesi e Stefania Billi)

CAPITOLO IV

I DIRITTI REALI E IL POSSESSO

(DI GIAN ANDREA CHIESI)

1. Proprietà pubblica.....	181
1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione.....	183
2. Le servitù pubbliche (o di uso pubblico).....	184
2.1. (Segue) Le azioni a tutela delle servitù pubbliche.....	186
3. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati.	187
3.1. (Segue) Le distanze legali.	189
4. Le azioni a tutela della proprietà: a) la rivendicazione.....	193
4.1. (Segue) b) la <i>negatoria servitutis</i>	194
4.1.1. (Segue) Le immissioni.	196
4.2. (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini.....	197
5. Comunione di diritti reali.....	199
5.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria.	201
6. Usufrutto, uso e abitazione.	202
7. Servitù prediali.....	205
7.1. <i>Profili processuali</i> relativi alla costituzione delle servitù.	209
8. Tutela ed effetti del possesso.	209
8.1. <i>Profili processuali</i> relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie.....	212

CAPITOLO V

COMUNIONE E CONDOMINIO

(DI VITTORIO CORASANITI - VALERIA PIRARI)

1. Premessa.....	215
2. Le parti comuni nel condominio di edifici.....	215
3. Il godimento della cosa comune.	221
4. Le innovazioni.	222
5. La responsabilità del condominio.	224
6. Il regolamento di condominio.	225
7. La ripartizione delle spese condominiali.	225
8. L'amministratore.	227
9. L'assemblea e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari.	230

CAPITOLO VI

LE SUCCESSIONI E LE DONAZIONI

(DI DARIO CAVALLARI)

1. L'indegnità a succedere.	233
2. L'accettazione di eredità.....	233
3. Il beneficio d'inventario.....	234
4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata.....	235
5. I diritti di uso ed abitazione riservati al coniuge superstite.	237
6. Il testamento.	238
7. La divisione ereditaria.....	241

8. Il retratto successorio.....	249
9. La collazione.....	250
10. Le donazioni.....	250

PARTE TERZA

OBBLIGAZIONI, CONTRATTI E RESPONSABILITÀ

CAPITOLO VII

LE OBBLIGAZIONI IN GENERALE

(DI FABIO ANTEZZA)

1. Premessa.....	255
2. Fonti: omessa o tardiva trasposizione di direttive europee ed obbligazione <i>ex lege</i>	256
3. Fonti: riscossione di imposte, cancellazione della società ed obbligazione civile <i>ex lege</i>	257
4. Fonte contrattuale, formazione progressiva ed obbligazione solidale.....	257
5. Obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza quale fonte di autonomo dovere giuridico, con particolare riferimento alla fideiussione ed alla vendita anticipata di cosa data in pegno.	259
6. Adempimento secondo diligenza e rapporti con correttezza e buona fede dell'altro contraente: risoluzione del contratto e sospensione dell'adempimento.	261
7. Valutazione comparativa della condotta delle parti improntata alla verifica del rispetto del principio di buona fede e la <i>mora debendi</i>	263
8. Correttezza, buona fede e solidarietà: inadempimento e valutazione della domanda risarcitoria.....	264
9. Correttezza e buona fede nei rapporti di lavoro.	265
10. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale: parcellizzazione della domanda giudiziale.....	266
11. Compensazione e risoluzione del contratto d'investimento dei valori immobiliari.	269
12. Eccezione di compensazione ed eccezione di prescrizione presuntiva.....	269
13. Compensazione (anche c.d. comunitaria) e contestazione del credito in diverso giudizio.	270
14. Compensazione con riferimento ad interessi e rivalutazione.	271
15. La compensazione nei rapporti tributari e nel fallimento.	272
16. Novazione e avallo dell'obbligazione cambiaria.	273
17. Novazione e rapporto di lavoro: automatica trasformazione del rapporto <i>part-time</i> in rapporto a tempo pieno.....	274
18. Novazione e rapporto di lavoro: contratto a termine ed efficacia novativa del precedente rapporto.	274

CAPITOLO VIII

IL CONTRATTO IN GENERALE

(DI DARIO CAVALLARI E FRANCESCO CORTESI)

1. Contratto atipico.	277
2. Conclusione del contratto, presunzione di conoscenza, proposta e accettazione.	279
3. Integrazione del contratto e responsabilità precontrattuale.	280
4. Condizioni generali e clausole vessatorie.	280
5. Oggetto.....	281
6. Forma.....	281
7. Preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.	284
8. Condizione.....	286
9. L'interpretazione e l'integrazione del contratto: i criteri ermeneutici e lo scopo concretamente perseguito dalle parti.	287
9.1. La buona fede come criterio di integrazione del contratto ed elemento di valutazione della condotta delle parti.	289

10. L'inadempimento del contratto, i rimedi caducatori e la clausola penale.....	290
10.1. Il rimedio risolutorio e la gravità dell'inadempimento.....	290
10.2. Gli effetti della risoluzione e l'operatività del meccanismo della clausola penale nel danno conseguente all'inadempimento.....	291
10.3. Rapporti fra risoluzione e recesso.....	293
11. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi.....	295
11.1. Il cd. contratto preliminare "aperto".	296
12. La nullità del contratto.....	297
12.1. Oneri formali e nullità protettive.....	297
12.2. Le nullità virtuali.....	299
13. L'annullamento del contratto ed i vizi del consenso.....	300

CAPITOLO IX

I SINGOLI CONTRATTI

(DI STEFANIA BILLI E STEFANO PEPE)

1. Il contratto di appalto privato.....	301
1.1. Gli atti amministrativi autorizzatori dell'opera e la loro rilevanza ai fini della efficacia del contratto di appalto.....	303
2. Il contratto di assicurazione e l'assicurazione della responsabilità civile.....	304
3. L'assicurazione obbligatoria r.c.a.: azione diretta e terzi danneggiati.....	309
3.1. <i>Profili processuali</i>	310
4. Il comodato.....	314
4.1. Il comodato tra figure tipiche e atipiche.....	316
5. I contratti agrari: le controversie ed il procedimento giurisdizionale.....	318
6. La tutela del credito, tra garanzie tipiche e atipiche o improprie.....	319
7. La locazione: la solidarietà <i>a latere creditoris</i>	322
7.1. Locazione e obbligo di restituzione del deposito cauzionale in capo al locatore al termine del rapporto.....	324
7.2. Restituzione della cosa locata.....	324
7.3. Indennità di avviamento.....	325
7.4. Lo "scalettamento".	326
7.5. Locazione ad uso non abitativo.....	327
7.6. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta.....	329
7.7. Contratto di locazione ad uso abitativo stipulato dall'usufruttuario.....	329
7.8. Registrazione tardiva del contratto.....	330
7.9. Competenza.....	331
7.10. Recesso e disdetta.....	331
7.11. Agibilità.....	332
7.12. Locazione non abitativa transitoria.....	333
7.13. Sublocazione.....	333
8. Il mandato.....	334
9. La mediazione.....	335
10. Il mutuo.....	338
11. La transazione.....	338
12. Il trasporto.....	340
13. La vendita: premessa.....	343
13.1. Il contratto preliminare di vendita.....	343
13.2. Le diverse specie di vendita.....	348
13.3. La vendita di beni immobili.....	348
13.4. Rimedi allo squilibrio del sinallagma contrattuale.....	350
14. Il giuoco e la scommessa.....	357

CAPITOLO X

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE

(DI FABIO ANTEZZA)

1. Premessa.....	359
2. La ripetizione di indebito e l'errore del <i>solvens</i>	359
3. La rilevanza della mala fede nella ripetizione di indebito: gli interessi.....	361
4. Ripetizione d'indebito e prescrizione.....	362
5. La ripetizione dell'indebito nell'esecuzione forzata.....	364
6. L'indebito previdenziale e quello assistenziale.....	364
7. Aiuti comunitari nel settore dell'agricoltura e ripetizione di indebito.....	365
8. Estinzione dell'obbligazione per adempimento del terzo e rapporti con l'azione di ripetizione di indebito.....	366
9. Arricchimento senza causa e P.A.....	366
10. Fallimento, approvazione del piano di riparto e rapporti con azioni di ripetizione di indebito e di arricchimento senza causa.....	368

CAPITOLO XI

LA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

(DI LUIGI LA BATTAGLIA E LAURA MANCINI)

1. L'ingiustizia del danno.....	371
2. La colpa.....	378
3. Il nesso di causalità.....	382
4. Il concorso di colpa del danneggiato.....	385
5. La responsabilità solidale.....	389
6. Il danno patrimoniale.....	393
6.1. La determinazione del danno risarcibile.....	393
6.2. Allegazione e prova del danno patrimoniale.....	399
6.3. Il danno patrimoniale futuro.....	402
6.4. Il danno patrimoniale da perdita di <i>chance</i>	402
7. Il risarcimento in forma specifica.....	403
8. Il danno non patrimoniale.....	404
8.1. Nozione e caratteri del danno non patrimoniale.....	404
8.2. La prova del danno non patrimoniale.....	407
8.3. Il danno da perdita di <i>chance</i> a carattere non patrimoniale.....	409
8.4. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione.....	410
9. La liquidazione del danno non patrimoniale.....	412
9.1. La liquidazione del danno biologico.....	413
9.2. Parametri di quantificazione del danno: le Tabelle di Milano.....	416
10. Le responsabilità speciali.....	417
10.1. Genitori, maestri e precettori (art. 2048 c.c.).....	417
10.2. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.).....	419
10.3. Attività pericolose (art. 2050 c.c.).....	422
10.4. Cose in custodia (art. 2051 c.c.).....	424
10.5. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.).....	429
10.6. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.).....	430
10.7. La responsabilità per danno da prodotto difettoso.....	432

CAPITOLO XII

LE RESPONSABILITÀ PROFESSIONALI

(DI IRENE AMBROSI)

1. Premessa.....	433
2. La responsabilità del medico.....	433

3. La responsabilità dell'avvocato.	440
4. La responsabilità del notaio.	441
5. La responsabilità del commercialista.	443
6. La responsabilità dell'architetto.	444
7. La responsabilità dell'intermediario finanziario.	444

VOLUME SECONDO

PRINCIPÎ DI DIRITTO SOSTANZIALE

(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE QUARTA

IMPRESA E MERCATO

(coordinata da Giuseppe Fichera)

CAPITOLO XIII

I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA

(DI VINCENZO GALATI)

1. Confondibilità di marchi e brevetti.	447
2. Decadenza e nullità del marchio.	449
2.1. Preuso del marchio e denominazioni I.G.P. e D.O.P.	454
3. Il diritto d'autore.	456
4. Le condotte anticoncorrenziali di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287.	460
5. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale.	464
6. L'azione di classe.	467
7. Clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista.	468
8. <i>Profili processuali</i>	470

CAPITOLO XIV

IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

(DI ELEONORA REGGIANI)

1. Le società in generale.	473
1.1. Società ed esercizio dell'azienda ereditaria.	473
1.2. <i>Affectio societatis</i> e <i>affectio familiaris</i>	474
1.3. Intestazione fiduciaria e donazione indiretta delle partecipazioni sociali.	475
1.4. La simulazione del contratto di società.	476
1.5. Il gruppo societario.	477
1.6. La clausola compromissoria statutaria.	478
1.7. Le vicende modificative ed estintive delle società.	479
2. Le società di persone.	484
2.1. L'esercizio dei poteri di rappresentanza.	484
2.2. Il titolo giudiziale ottenuto nei confronti della società.	484
3. Le società di capitali.	486
3.1. L'acquisto e il trasferimento delle partecipazioni societarie.	486

3.2. Il recesso e la perdita della qualità di socio.	489
3.3. Il pegno delle quote di s.r.l.	490
3.4. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo dei soci.	490
3.5. Diritti e poteri connessi alla qualità di socio.	492
3.6. Le deliberazioni dell'assemblea.	493
3.7. Gli amministratori.	494
3.8. Il revisore contabile.	496
3.9. Il liquidatore.	497
3.10. Le azioni di responsabilità.	498
4. Particolari società di capitali.	501
4.1. Le società cooperative.	502

CAPITOLO XV

CONTRATTI BANCARI, TITOLI DI CREDITO E INTERMEDIAZIONE

FINANZIARIA

(DI ELEONORA REGGLANI)

1. I contratti bancari.	505
1.1. L'attività negoziale della banca in generale.	505
1.2. La pattuizione degli interessi.	507
1.3. I contratti e le operazioni in conto corrente.	510
1.4. Altri contratti bancari.	516
2. Gli assegni.	518
3. Gli altri titoli di credito.	523
4. L'intermediazione finanziaria in generale.	524
5. I servizi di investimento.	525
5.1. Le nullità contrattuali e le statuizioni conseguenti.	525
5.2. L'inadempimento dell'intermediario e i relativi rimedi.	527
5.3. Fattispecie particolari.	530
6. L'offerta al pubblico di prodotti finanziari.	530
7. I fondi comuni d'investimento.	531

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCURSUALI.

(DI SALVATORE LEUZZI E ANGELO NAPOLITANO)

1. I presupposti del fallimento.	533
1.1. Il procedimento prefallimentare.	538
1.2. La sentenza di fallimento ed il suo reclamo.	544
2. Gli organi della procedura.	546
2.1. I reclami endofallimentari.	549
3. Le revocatorie in generale.	550
3.1. Revocatoria ordinaria e fallimentare. La revocatoria dei pagamenti.	552
4. I rapporti pendenti.	559
5. La formazione dello stato passivo.	562
5.1. Prove documentali e data certa.	565
5.2. Prelazione e fallimento.	567
5.3. Prededuzione e fallimento.	568
6. Le opposizioni allo stato passivo.	571
7. La liquidazione dell'attivo e il riparto.	574
8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione.	576
9. Il concordato fallimentare.	578
10. Il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione.	579
11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria.	586
12. Il sovraindebitamento.	588

PARTE QUINTA

IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

(coordinata da Ileana Fedele e Milena D'Oriano)

SEZIONE PRIMA

IL RAPPORTO DI LAVORO PRIVATO

(di Luigi Di Paola, Ileana Fedele, Antonella Filomena Sarracino)

CAPITOLO XVII

OBBLIGHI, RESPONSABILITÀ E DIRITTI DEL DATORE E DEL PRESTATORE DI LAVORO

(DI ANTONELLA FILOMENA SARRACINO)

1. Premessa.....	590
2. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro.....	595
2.1. Il limite del rischio cd. elettivo.....	595
2.1.1. L'esclusione della configurabilità del consenso del dipendente quale concorso colposo.....	596
2.1.2. Il concorso colposo del lavoratore.....	597
2.1.3. Il danno cd. differenziale da infortunio sul lavoro e l'indennizzo <i>ex art. 13 del d.lgs. n. 38</i> del 2000. Modalità di computo del risarcimento del danno e <i>compensatio lucri cum damno</i>	597
2.2. Il riparto degli oneri della prova.....	598
2.2.1. La responsabilità del committente, ai sensi dell'art. 2087 c.c.....	601
2.2.2. Obblighi e responsabilità datoriali in caso di maternità della lavoratrice.....	603
2.3. La tutela dei lavoratori e degli eredi. La decorrenza del termine di prescrizione.....	603
2.4. La clausola della buona fede anche <i>a latere praestatoris</i>	605
3. Il mobbing e lo straining.....	605
4. <i>Ius variandi</i> e demansionamento.....	607
4.1. I limiti all'esercizio dello <i>ius variandi</i>	607
4.2.1. L'adibizione a mansioni inferiori in caso di riconversione o ristrutturazione aziendale.....	608
4.2.2. Demansionamento e <i>repechage</i> (rinvio).....	609
4.2.3. Demansionamento: la responsabilità del cessionario.....	609
4.3. Criteri per il risarcimento del danno da demansionamento.....	609
5. L'assegnazione del dipendente a mansioni superiori: le modalità di verifica.....	611
5.1. Gli obblighi datoriali, in caso di assegnazioni a mansioni superiori, nell'impiego privato. Questioni di inquadramento.....	612
6. Il tratto distintivo fra redattore e collaboratore fisso nell'impresa giornalistica e le conseguenze della mancata iscrizione all'albo dei giornalisti.....	613
6.1. Sulla nozione di ufficio di corrispondenza estera.....	614
7. Il trasferimento.....	614
7.1. La libertà datoriale di operare lo spostamento dei lavoratori nell'ambito della unità produttiva.....	615
7.1.1. Mutamento di unità produttiva del lavoratore che assiste familiare con <i>handicap</i>	615
7.1.2. Scelta della sede di lavoro da parte del prestatore che assiste familiari con <i>handicap</i> grave e fruizione dei permessi.....	616
7.2. La posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento illegittimo.....	617
7.3. Gli emolumenti retributivi in caso di trasferimento ed il tfr.....	618
8. La distinzione tra lavoro autonomo e subordinato per le professioni intellettuali o professionali.....	619
8.1. Il rapporto gerarchico dirigenziale <i>multilevel</i>	620
9. La retribuzione ed il tfr.....	620
9.1. Oneri di allegazione e prova nell'azione promossa ai sensi dell'art. 2126 c.c. (rinvio).....	621
9.1.1. Il decorso della prescrizione dei crediti derivanti da lavoro carcerario.....	621
9.2. Il trattamento economico del socio lavoratore di società cooperative.....	622
9.2.1. Il computo dei soci lavoratori ai fini del requisito dimensionale.....	622

9.3. I trattamenti economici per servizio estero (rinvio).	623
9.4. I trattamenti economici per il caso di trasferimento (rinvio al 7.3).	623
9.5. La natura retributiva del credito del lavoratore per le ritenute fiscali indebitamente operate dal datore.	623
9.6. Il problema della cumulabilità di reddito e pensione per gli iscritti all'istituto di previdenza dei giornalisti.	623
9.7. Ferie, festività, riposi e orario di lavoro.	624
9.7.1. Il congedo straordinario <i>ex</i> art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001.	626
9.8. Tredicesima e quattordicesima: modalità di calcolo nella contrattazione collettiva.	626
9.9. Il trattamento di fine rapporto.	627
10. Responsabilità solidale del committente con l'appaltatore per il pagamento dei crediti retributivi. Individuazione della disciplina applicabile <i>ratione temporis</i> .	628
10.1. La responsabilità solidale del committente con il subfornitore.	629
10.2. Responsabilità del committente in caso di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore.	629
10.3. La nozione di "trattamenti retributivi" al fine della delimitazione della responsabilità solidale del committente.	630
10.4. Ambito di applicazione del regime decadenziale.	631
11. Prerogative sindacali: trattative per la stipula dei c.c.n.l. e partecipazione delle oo.ss.	632
11.1. Permessi sindacali.	632
11.2. Repressione della condotta antisindacale.	633
11.3. Limiti alla configurabilità del demansionamento in caso di sciopero (rinvio al 4.1).	633
11.4. La rilevanza della condotta datoriale di trattenimento dei contributi sindacali.	633
12. Le dimissioni del lavoratore: la rilevanza della incapacità naturale ed il risarcimento del danno.	634
12.1. Dimissioni e licenziamento.	635
12.2. La forma del recesso del lavoratore.	635
13. Il recesso datoriale per sopraggiunti limiti di età del prestatore. La forma.	636
14. Lo sciopero nei servizi di sicurezza aeroportuale.	636
15. Gli effetti del contratto collettivo senza durata predeterminata.	637
16. La questione di costituzionalità della retrocessione per gli agenti autoferrotranviari.	638

CAPITOLO XVIII

IL LAVORO FLESSIBILE

(DI ILEANA FEDELE)

1. Premessa.	639
2. Lavoro flessibile e precario.	640
3. Il contratto di lavoro a tempo determinato.	640
3.1. Le causali giustificative dell'apposizione del termine e l'onere di sufficiente specificazione delle stesse.	640
3.2. L'assunzione a termine nel settore postale ed aereo.	641
3.3. L'assunzione a termine secondo il codice della navigazione.	642
3.4. L'assunzione a termine dei lavoratori disabili.	642
3.5. L'assunzione a termine delle fondazioni lirico-sinfoniche.	642
3.6. Limiti di applicabilità della disciplina straniera meno favorevole.	643
3.7. Divieti alla stipula del contratto a tempo determinato: il documento di valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori.	643
3.8. Rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità del termine.	644
3.9. Impugnazione giudiziale ed efficacia <i>ex tunc</i> della sentenza dichiarativa della nullità dell'apposizione del termine.	644
3.10. Vicende successive all'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del termine: ripristino del rapporto e trasferimento di sede.	645
3.11. Regime prescrizione dei crediti.	645
3.12. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato.	646
4. La somministrazione di lavoro.	647
4.1. La somministrazione a tempo indeterminato.	647

4.2. L'indicazione della causale posta a giustificazione della somministrazione a tempo determinato.	648
4.3. Condizioni per la prorogabilità del termine.	648
4.4. Costituzione giudiziale del rapporto con l'utilizzatore e novazione.	649
4.5. Legittimazione degli enti previdenziali.	649
4.6. Decadenza dall'impugnazione.	649
5. Il contratto di lavoro a progetto.	650
6. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.	651
7. L'indennità <i>ex art. 32 della l. n. 183 del 2010</i> .	653
8. Contratto di lavoro a tempo parziale.	654
9. Altre forme contrattuali flessibili: il lavoro intermittente.	654
10. Appalto genuino e fenomeni interpositori.	655
10.1. La responsabilità del committente <i>ex artt. 2087 c.c. e 29 del d.lgs. n. 276 del 2003</i> : rinvio.	656
11. Cessione di azienda.	656
11.1. Ambito di applicazione ed effetti della disciplina <i>ex art. 2112 c.c.</i>	656
11.2. Conseguenze della declaratoria di nullità della cessione. La questione della detraibilità dell' <i>aliunde perceptum</i> .	658

CAPITOLO XIX

IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO

(DI LUIGI DI PAOLA)

1. Potere disciplinare.	661
2. Licenziamento individuale.	664
2.1. La motivazione del licenziamento.	664
2.2. La ratifica del licenziamento.	665
2.3. La rinnovazione del licenziamento.	665
2.4. La revoca del licenziamento.	665
2.5. Il licenziamento orale.	666
2.6. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.	666
2.7. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento.	670
2.8. Licenziamento discriminatorio e ritorsivo.	674
2.9. Periodo di comporto e licenziamento.	675
2.10. Divieti di licenziamento.	675
2.11. Licenziamento del socio di società cooperativa di produzione e lavoro.	676
2.12. Il licenziamento del dirigente.	676
2.13. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile.	677
2.14. Somministrazione di lavoro e licenziamento.	678
2.15. L'impugnazione del licenziamento e le decadenze.	678
2.16. Applicazioni della legge "Fornero".	680
2.17. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015.	685
2.18. Le conseguenze del licenziamento illegittimo.	685
2.19. Il preavviso.	687
3. Licenziamenti collettivi.	688

SEZIONE SECONDA

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

CAPITOLO XX

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

(DI GIOVANNI ARMONE E GIUSEPPE NICASTRO)

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. Giurisdizione, lavoro flessibile e lavoro a tempo determinato: rinvio.	691
2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni.	692

3. Retribuzione e altri trattamenti economici.....	695
4. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni.	701
5. Vicende del rapporto.....	705
6. Mobilità.....	706
7. Diritti sindacali.....	709
8. Illeciti disciplinari: questioni procedurali e sostanziali.....	710
9. La cessazione del rapporto di lavoro.....	716
10. La dirigenza.....	717
10.1. La dirigenza del comparto sanitario.....	720
11. La scuola: docenti e personale ATA.....	724
12. I rapporti di lavoro nelle società cd. <i>in house</i>	729

SEZIONE TERZA

IL DIRITTO DELLA PREVIDENZA SOCIALE

CAPITOLO XXI

LA PREVIDENZA SOCIALE

(DI ANNACHIARA MASSAFRA)

1. Premessa.....	733
2. L'obbligazione contributiva.....	733
2.1. Classificazione e qualificazione dei soggetti obbligati.....	734
2.2. I coadiutori familiari.....	735
2.3. La retribuzione imponibile ed il minimale contributivo.....	736
2.4. La responsabilità contrattuale della P.A.....	738
3. I benefici previdenziali.....	739
4. Esenzioni ed agevolazioni contributive.....	740
5. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione.....	741
6. Gli sgravi contributivi.....	742
7. Accertamento e riscossione.....	743
8. Le sanzioni civili e la rendita vitalizia.....	748
9. La prescrizione dei crediti contributivi.....	749

CAPITOLO XXII

LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

(DI VINCENZO GALATI)

1. Le prestazioni previdenziali a carico dell'INPS.....	751
1.1. La decadenza dall'azione giudiziaria.....	751
1.2. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa.....	752
1.3. Le prestazioni pensionistiche.....	755
1.4. La CIG e l'indennità di mobilità.....	762
1.5. L'indennità di disoccupazione.....	764
1.6. L'indennità di maternità e l'assegno per il nucleo familiare.....	765
2. Le prestazioni assistenziali: Danni da trattamenti sanitari.....	766
2.1. Danni post-trasfusionali.....	767
2.2. Danni irreversibili da vaccinazioni.....	767
2.3. Le prestazioni di invalidità civile.....	768
2.4. L'indennità di accompagnamento.....	770
2.5. <i>Profili processuali</i>	771
2.6. Le prestazioni in favore delle vittime della criminalità organizzata e degli <i>ex</i> combattenti.....	774
2.7. Le misure in favore dei soggetti portatori di disabilità.....	775
2.8. Le prestazioni in materia di igiene e sanità pubblica.....	776
3. Le prestazioni in favore dei cittadini stranieri.....	778
4. L'indebito previdenziale.....	780

5. L'indebito assistenziale.....	782

CAPITOLO XXIII

LA TUTELA INAIL

(DI VINCENZO GALATI)

1. Le malattie professionali.....	785
2. Gli infortuni sul lavoro.	786
3. La revisione della rendita.	788
4. I contributi assicurativi INAIL.	789
5. L'azione di regresso.	791

CAPITOLO XXIV

LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

(DI VINCENZO GALATI)

1. Cassa Nazionale Forense.	795
2. INPGI.....	796
3. Cassa Ingegneri e Architetti.	797
4. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti.	798
5. La previdenza integrativa.	798

PARTE SESTA

I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

(coordinata da Roberto Mucci)

CAPITOLO XXV

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

(DI ROBERTO MUCCI)

1. Premessa.....	801
2. La giurisdizione.	801
3. La determinazione dell'indennità di espropriazione.....	803
3.1. (segue) A) La qualificazione delle aree.	804
3.2. (segue) B) L'indennità di occupazione.	807
3.3. (segue) C) La stima.	808
3.4. (segue) D) Le aree agricole.	808
3.5. (segue) E) L'indennità di asservimento.	809
4. L'opposizione alla stima.....	809
5. L'espropriazione parziale.	812
6. La determinazione consensuale dell'indennità.	812
7. Le espropriazioni illegittime.	813
7.1. (segue) L'acquisizione "sanante".	815

CAPITOLO XXVI

APPALTI PUBBLICI

(DI STEFANO PEPE)

1. Appalto pubblico, premessa.....	817
1.1. Il quadro normativo.....	817

1.2. La giurisdizione: cenni.....	818
2. Esecuzione del contratto. Le patologie del rapporto contrattuale. Riserve, sospensioni, risoluzione e recesso.....	819
3. Appalto di opere pubbliche, azione di garanzia per vizi e difetti, decadenza prescrizione, collaudo, rilevanza.....	820
4. Appalto e arbitrato.....	823
5. La responsabilità dell'amministrazione committente per danni da inadempimento in tema di appalto per la ricostruzione di immobili a seguito di evento sismico.....	829

CAPITOLO XXVII

LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(DI ELEONORA REGGLANI)

1. Il quadro normativo.....	833
2. Una visione d'insieme.....	836
3. I tratti distintivi delle società <i>in house providing</i>	836
4. Il fallimento.....	839
5. L'azione di responsabilità sociale contro i componenti degli organi sociali e i dipendenti.....	840
6. L'azione di responsabilità <i>ex art. 146 l.fall.</i>	845
7. La revoca degli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c.....	847
8. Altre questioni.....	848

CAPITOLO XXVIII

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE

(DI DARIO CAVALLARI, MARIA ELENA MELE ED ALDO NATALINI)

1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali.....	849
2. La notifica del verbale di accertamento.....	852
3. Giurisdizione e principio di specialità.....	853
4. Competenza ed incompetenza.....	854
5. Altri vizi procedurali.....	855
6. Elemento psicologico e cause di giustificazione.....	856
7. Prescrizione.....	859
8. Cumulo di reati e concorso di persone.....	860
9. La determinazione della sanzione in caso di pluralità di violazioni rimessa all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea.....	861
10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedurali.....	862
11. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta.....	865
12. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione.....	867
13. Sanzioni amministrative CONSOB e coerenza dell'informazione diffusa.....	868
14. Abuso di informazioni privilegiate e confisca.....	869
15. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e le questioni di legittimità costituzionale prospettate.....	869
16. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario.....	871
17. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada.....	873
17.1. L'irrogazione delle sanzioni e la notificazione del verbale di accertamento.....	873
17.2. L'opposizione, la competenza, i suoi effetti, il termine di proposizione, i soggetti legittimati e la patente a punti.....	874
17.3. Le modalità di accertamento delle violazioni e i soggetti legittimati ad effettuarlo: "autovelex", "alcoholtest" e poteri della Polizia municipale.....	878
17.4. Il concorso di violazioni.....	880
17.5. "Contrassegno invalidi", autorizzazioni all'accesso in zona a traffico limitato ed al trasporto di merci su strada, sospensione e revoca della patente, nozione di veicolo "fuori uso".....	880
18. Le sanzioni diverse da quelle comminate per infrazioni al codice della strada.....	882

18.1. Indebita percezione di aiuti comunitari.....	882
18.2. Incarichi retribuiti non autorizzati a pubblici dipendenti.....	883
18.3. Le affissioni abusive.....	884
18.4. Le altre sanzioni.....	886

CAPITOLO XXIX

EQUA RIPARAZIONE PER L'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

(DI PAOLA D'OVIDIO)

1. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso.....	891
2. Condizioni di proponibilità della domanda di equa riparazione.....	894
3. Durata "ragionevole" del giudizio presupposto.....	894
4. Presunzione di insussistenza del pregiudizio da irragionevole durata del processo.....	896
5. Diritto all'indennizzo.....	897
6. Misura dell'indennizzo.....	899
7. Altre questioni processuali.....	901

CAPITOLO XXX

LA RIPARAZIONE DEL DANNO DA DETENZIONE DISUMANA E DEGRADANTE

(DI GIOVANNI ARMONE)

1. Profili generali.....	905
2. La competenza.....	906
3. La decadenza e altre questioni processuali.....	907

CAPITOLO XXXI

I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

(DI GIANLUCA GRASSO)

1. Premessa.....	909
2. La responsabilità disciplinare dei magistrati.....	909
2.1. Gli illeciti disciplinari.....	909
2.1.1. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge.....	910
2.1.2. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori.....	911
2.1.3. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile.....	914
2.1.4. Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni.....	916
2.1.5. Gli illeciti disciplinari conseguenti a reato.....	918
2.2. La condotta disciplinare irrilevante.....	919
2.3. La misura cautelare della sospensione cautelare facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio.....	921
2.4. Il procedimento disciplinare.....	923
2.5. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale.....	926
3. La responsabilità disciplinare degli avvocati.....	928
3.1. Gli illeciti disciplinari.....	929
3.2. Il procedimento disciplinare.....	930
4. La responsabilità disciplinare dei notai.....	931
4.1. Gli illeciti disciplinari.....	931
4.2. Il procedimento disciplinare.....	932

CAPITOLO XXXII

ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI

(DI ROBERTO MUCCI)

1. Premessa.....	935
2. I diritti di elettorato. A) Elettorato passivo.....	935
2.1. (<i>segue</i>) B) Elettorato attivo.....	936
3. Operazioni elettorali.....	936
4. Il contenzioso elettorale.....	937

VOLUME TERZO

PRINCIPI DI DIRITTO PROCESSUALE

PARTE INTRODUTTIVA

I) L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

(DI GIOVANNI ARMONE)

1. Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea e le sue ricadute nell'ordinamento interno.....	939
2. L'effettività nel diritto processuale.....	942
3. Effettività e rimedi.....	945
4. Il rilievo officioso delle nullità: nodi problematici.....	948

II) LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.

(DI MARLA ELENA MELE)

1. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c.....	951
2. La formazione del giudicato rispetto alle pronunce implicite. Il caso della giurisdizione e della legittimazione ad agire.....	955
3. L'effetto espansivo interno del giudicato (art. 336 c.p.c.).....	958
4. Impugnazioni e preclusioni.....	960

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE IN GENERALE E IL REGOLAMENTO PREVENTIVO DI GIURISDIZIONE

(DI ANGELO NAPOLITANO)

1. Premessa: la questione di giurisdizione.....	965
2. La questione di giurisdizione e le preclusioni processuali al suo rilievo: l'orientamento precedente alle Sez. U. n. 24883/2008.....	969
3. Il regolamento preventivo di giurisdizione.....	971
4. Il regolamento di giurisdizione e la <i>translatio iudicii</i>	976

CAPITOLO II

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

(DI STEFANIA BILLI)

1. Brevi premesse.	981
2. Le sovvenzioni, i finanziamenti ed i canoni.....	982
3. Le sanzioni amministrative.....	984
4. Gli appalti.....	985
5. Le vicende legate al patrimonio immobiliare.....	987
6. Le procedure ad evidenza pubblica ed i servizi in regime di concessione.	991
7. L'attività sanitaria.....	992
8. Gli organi di autodichia e le autorità indipendenti.	994
9. Gli enti.....	995
10. Le domande risarcitorie.....	996
11. Le attività di servizi telematici.....	997

CAPITOLO III

LA GIURISDIZIONE DELLE ACQUE PUBBLICHE

(DI STEFANIA BILLI)

1. Profili sostanziali e processuali.	999

CAPITOLO IV

LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI

(DI DARIO CAVALLARI)

1. Premessa.....	1003
2. L'azione di responsabilità.....	1003
3. Il giudizio di conto.....	1007
4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico.....	1008
5. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.....	1009
6. Ulteriori <i>profili processuali</i>	1012

CAPITOLO V

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO

(DI STEFANIA BILLI)

1. Premesse generali e clausole di deroga e di proroga della giurisdizione.....	1015
2. Azioni contrattuali e contratti.....	1021
3. Lavoro.....	1024
4. Diritti reali.....	1025
5. Divisioni ereditarie.....	1025
6. Delibazione sentenze straniere.....	1026
7. Illeciti civili.....	1026
8. Controversie fiscali.....	1027

CAPITOLO VI

LA COMPETENZA

(DI MARIA ELENA MELE)

1. La competenza per materia.....	1029

1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace.	1029
1.2. La competenza del Tribunale per i minorenni.	1030
1.3. Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa.	1031
1.4. Le controversie di competenza delle sezioni agrarie.	1032
1.5. Le controversie di competenza della Corte d'appello.	1032
2. La competenza per valore.	1033
3. Competenza per territorio.	1033
3.1. Il foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione.	1034
3.2. Il foro delle cause ereditarie e di divisione.	1035
3.3. Il foro per i giudizi di responsabilità civile dei magistrati.	1035
3.4. Convenzione di deroga della competenza per territorio.	1037
4. La competenza funzionale.	1037
5. Eccezione di incompetenza.	1039
6. Rilievo d'ufficio dell'incompetenza.	1041
7. Il regolamento di competenza.	1042
7.1. Il procedimento.	1046

CAPITOLO VII

LE DISPOSIZIONI GENERALI

(DI LAURA MANCINI)

1. Il giudice. Astensione e ricazione.	1049
2. Ausiliari.	1051
2.1. Il diritto al compenso.	1052
2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari.	1054
3. Litispendenza e continenza.	1056
4. Le parti e i difensori.	1059
5. Successione nel processo e successione nel diritto controverso.	1066
6. L'interesse ad agire.	1069
7. La legittimazione ad agire.	1074
8. I termini.	1076
9. Comunicazioni e notificazioni.	1081
9.1. Nullità della notificazione.	1090

CAPITOLO VIII

LE SPESE E LA RESPONSABILITA' PROCESSUALE AGGRAVATA

(DI DONATELLA SALARI)

1. La condanna alle spese.	1095
1.1. Il principio di soccombenza.	1096
1.2. Liquidazione delle spese.	1098
2. Compensazione delle spese.	1100
3. Distrazione delle spese.	1101
4. Responsabilità processuale cd. aggravata.	1102

CAPITOLO IX

IL PROCESSO LITISCONSORTILE

(DI GIUSEPPE NICASTRO)

1. Premessa.	1105
2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: casistica.	1106
2.1. Diritti reali.	1106
2.2. Diritto di brevetto.	1109
2.3. Comunione legale tra coniugi.	1110
2.4. Lavoro e previdenza.	1110

2.5. Persone, famiglia e successioni.	1112
2.6. Contratti.....	1113
2.7. In particolare, assicurazioni contro i danni.	1114
2.8. Azione revocatoria.....	1115
2.9. Espropriazione forzata e opposizioni all'esecuzione.....	1115
2.10. Procedure concorsuali.....	1117
2.11. Successione nel processo.....	1117
3. Integrazione del contraddittorio e regime degli atti processuali compiuti prima di essa.....	1117
4. Svolgimento del processo litisconsortile.....	1118
5. Litisconsorzio necessario in fase di gravame.....	1118
5.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione.....	1124
6. Conseguenze del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame.....	1124
7. Bilanciamento tra l'esigenza di rilevare in sede di impugnazione il difetto di integrità del contraddittorio e quella di garantire la ragionevole durata del processo.....	1125
8. Litisconsorzio facoltativo.....	1125

CAPITOLO X

LE PROVE

(DI ANDREA PENTA)

1. Il principio di non contestazione.....	1129
2. La consulenza tecnica d'ufficio.....	1130
3. Richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione.....	1133
4. Le prove costituenti e precostituite.....	1133
5. Il disconoscimento di scritture private.....	1133
5.1. La tempistica del disconoscimento.....	1134
5.2. Il disconoscimento delle copie fotostatiche.....	1135
5.3. L'ambito applicativo.....	1136
5.4. Il procedimento di verifica.....	1137
6. La querela di falso.....	1137
6.1. Il giudizio di querela.....	1138
6.2. La valenza fidefacente dell'atto pubblico.....	1139
6.3. La prova della falsità.....	1140
7. La confessione.....	1141
8. Il giuramento.....	1141
9. La prova testimoniale.....	1142
9.1. L'assunzione della prova testimoniale.....	1142
9.2. I limiti oggettivi.....	1143
9.3. La prova per testi nel processo tributario.....	1143
10. L'incapacità a testimoniare.....	1144
10.1. La casistica.....	1145
10.2. Il giudizio civile di rinvio ex art. 622 c.p.p.....	1145

CAPITOLO XI

IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

(DI ANDREA PENTA)

1. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria.....	1147
2. Il difetto di rappresentanza o di autorizzazione.....	1148
3. La mutatio e la emendatio libelli.....	1150
4. Gli incombenti posti a carico delle parti a pena di decadenza.....	1155
5. La comparizione e la costituzione delle parti.....	1156
6. La rimessione in termini.....	1157
7. La rilevazione d'ufficio delle nullità.....	1158
8. La mancata riproposizione delle eccezioni e delle istanze istruttorie.....	1159

9. Gli interventi, la riunione e la separazione delle cause.....	1161
10. La fase decisoria.....	1162
11. La correzione dei provvedimenti giudiziali.....	1165
12. La tutela del contumace.....	1169
13. La sospensione del processo.....	1170
14. L'interruzione del processo.....	1172
15. La riassunzione del processo interrotto.....	1173
16. L'estinzione del processo.....	1177

CAPITOLO XII

LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

(DI GIOVANNI FANTICINI)

1. Profili generali.....	1181
2. La soccombenza.....	1181
2.1. (Segue) La soccombenza e il raddoppio del contributo unificato.....	1183
3. I termini di impugnazione: a) il termine cd. breve.....	1184
3.1. (Segue) Termine breve e sopravvenienze.....	1190
3.2. (Segue) b) il termine cd. lungo.....	1191
3.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione.....	1193
4. Le impugnazioni incidentali.....	1196
5. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione.....	1199
6. Il contumace involontario.....	1201
7. Effetti dell'accoglimento dell'impugnazione.....	1202

CAPITOLO XIII

L'APPELLO

(DI GIOVANNI FANTICINI)

1. Caratteri generali del processo d'appello.....	1205
2. I provvedimenti appellabili.....	1207
3. Forme e termini dell'impugnazione.....	1209
4. L'oggetto dell'impugnazione.....	1216
5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione ex art. 346 c.p.c.....	1216
6. Le parti e il contraddittorio.....	1218
7. I <i>nova</i> in appello.....	1220
7.1. (Segue) Nuovi documenti in appello.....	1223

CAPITOLO XIV

IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

(DI SALVATORE SAIJA)

1. Il nuovo giudizio di cassazione. Evoluzione applicativa.....	1225
2. Il procedimento.....	1230
a) La notificazione del ricorso (o del controricorso) e il successivo deposito.....	1231
b) L'onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c.....	1234
c) L'interesse ad impugnare.....	1237
d) La legittimazione attiva.....	1237
e) L'impugnazione incidentale.....	1238
f) I requisiti di forma e contenuto del ricorso (e del controricorso).....	1239
g) I vizi denunciabili.....	1247
h) Ulteriori questioni procedurali.....	1253
4. Il giudizio di rinvio.....	1263

CAPITOLO XV

IL RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE E L'ENUNCIAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIRITTO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE

(DI ELEONORA REGGLANI E RAFFAELE ROSSI)

1. Premessa.....	1269
2. I motivi di ricorso straordinario per cassazione e i termini di proposizione.....	1270
3. Le decisioni escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost.	1270
4. I requisiti dei provvedimenti impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione.	1271
5. Le ordinanze sul reclamo in materia cautelare.	1272
6. Le statuizioni sulla richiesta di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. ..	1273
7. I provvedimenti nel procedimento di accertamento tecnico preventivo obbligatorio <i>ex art. 445 bis</i> c.p.c.....	1273
8. Le statuizioni nel processo sommario di cognizione.	1275
9. Il rigetto dell'istanza di correzione di errori materiali.	1276
10. La sanzione pecuniaria <i>ex art. 283, comma 2, c.p.c.</i>	1277
11. L'ordinanza che concede o nega l'esecuzione provvisoria al decreto ingiuntivo opposto.	1278
12. I provvedimenti del giudice tutelare.	1278
13. Alcuni provvedimenti in materia di adozione.	1280
14. Particolari statuizioni in tema di protezione internazionale.....	1281
15. Il decreto sul reclamo in ordine alla revoca dell'amministratore di condominio e altri provvedimenti non impugnabili.	1282
16. I provvedimenti del giudice dell'esecuzione.	1283
17. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere.	1284
18. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge.	1287
19. La richiesta del Procuratore Generale.	1288
20. Il potere officioso della Corte.....	1289

CAPITOLO XVI

GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE

(DI VALERIA PIRARI).

1. Premessa.....	1291
2. Revocazione.....	1291
2.1. Falsità delle prove.	1291
2.2. Errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa.....	1292
2.3. Contrasto tra sentenze.....	1294
3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione.....	1295
4. Questioni procedurali.	1296
5. Opposizione di terzo.....	1299

CAPITOLO XVII

IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE

(DI GIOVANNI ARMONE)

1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro e previdenziali.	1303
1.1. Giurisdizione e vicende del rapporto d'impiego pubblico privatizzato.....	1303
1.2. Il discrimine del 30 giugno 1998.....	1306
1.3. Pubblico impiego privatizzato e giurisdizione contabile.....	1307
1.4. La giurisdizione nei rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico.	1309
1.5. Rapporti di lavoro e giurisdizione del giudice straniero.....	1309
2. La competenza.	1311
3. Il giudizio di primo grado.....	1313
3.1. I poteri officiosi del giudice.....	1315
3.2. La sentenza.....	1316

4. L'appello.....	1316
5. Il cd. rito Fornero.....	1317
6. Il processo previdenziale.....	1320
7. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445-bis c.p.c.....	1321

CAPITOLO XVIII

IL PROCESSO DI ESECUZIONE

(DI RAFFAELE ROSSI)

1. Titolo esecutivo.....	1325
1.1. (<i>segue</i>) Spedizione in forma esecutiva e notifica del titolo.....	1328
2. Precetto.....	1329
3. Espropriazione mobiliare.....	1330
4. Espropriazione presso terzi: oggetto e crediti pignorabili.....	1331
4.1. (<i>segue</i>) Terzo pignorato: obblighi, dichiarazione, accertamento.....	1333
5. Espropriazione immobiliare: documentazione " <i>ipocatastale</i> ".....	1335
5.1. (<i>segue</i>) Vendita forzata.....	1337
5.2. (<i>segue</i>) Effetti del pignoramento e vicende anomale dell'espropriazione immobiliare.....	1340
6. Espropriazione di beni indivisi: giudizio di divisione.....	1341
7. Espropriazione contro il terzo proprietario.....	1342
8. Esecuzioni in forma specifica.....	1343
9. Spese nell'espropriazione forzata.....	1344
10. Opposizione all'esecuzione preventiva.....	1345
10.1. (<i>segue</i>) La sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo.....	1347
11. Opposizione all'esecuzione successiva.....	1349
12. Opposizione agli atti esecutivi.....	1351
13. Opposizione di terzo all'esecuzione.....	1352

CAPITOLO XIX

I PROCEDIMENTI SPECIALI

(DI ANDREA PENTA)

1. Il procedimento d'ingiunzione: la competenza.....	1355
2. La prova scritta.....	1356
3. Notificazione ed inefficacia del d.i.....	1356
4. Il giudizio di opposizione a d.i.....	1357
5. L'opposizione tardiva a d.i.....	1361
6. L'esecutorietà del d.i.....	1362
7. Il procedimento per convalida di sfratto.....	1363
8. La tutela cautelare.....	1363
9. Il reclamo contro i provvedimenti cautelari.....	1364
10. Il sequestro giudiziario.....	1365
11. Il sequestro liberatorio.....	1366
12. La consulenza tecnica preventiva.....	1366
13. I provvedimenti d'urgenza.....	1367
14. I procedimenti possessori.....	1367
15. Il processo sommario di cognizione.....	1369
16. La separazione dei coniugi.....	1373
17. La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi.....	1374
18. I procedimenti in camera di consiglio.....	1375
19. Lo scioglimento di comunioni.....	1376

CAPITOLO XX

L'ARBITRATO

(DI FABIO ANTEZZA)

1. Premessa.....	1379
2. Convenzione d'arbitrato: interpretazione (estensiva), operatività (anche circa controversie antecedenti), <i>potestas iudicandi</i> e suoi limiti.	1379
3. La natura rituale o irrituale dell'arbitrato nell'interpretazione della convenzione.....	1383
4. Arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale.....	1384
5. Arbitrato ed appalto di opere pubbliche: la preventiva autorizzazione amministrativa quale clausola di efficacia; arbitrato c.d. amministrato di lavori pubblici e disciplina transitoria.	1387
6. L'“arbitrato societario”: recesso del socio ed arbitrato rituale, di diritto comune o endosocietario.	1389
7. L'impugnazione delle deliberazioni di riduzione e di aumento del capitale sociale.	1389
8. La clausola arbitrale e la scissione societaria.....	1392
9. Composizione del collegio arbitrale: nomina dell'arbitro da giudice territorialmente incompetente.	1393
10. Il compenso degli arbitri.....	1394
11. Procedimento e principio del contraddittorio.....	1395
12. Nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia: dall'arresto delle Sez. U del 2016 a quello delle Sez. U del 2019 sul “ <i>prospective overruling</i> ”.	1397
13. La nullità per errori di diritto nell'arbitrato societario: disciplina transitoria e controversie compromettibili ma non inerenti la validità di deliberazioni assembleari.....	1399
14. Natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale e disciplina del giudizio impugnatorio: l'applicabilità di istituti e regole del processo ordinario di cognizione in appello.	1400
15. L'impugnazione del lodo arbitrale rituale ed il termine breve di cui all'art. 828 c.p.c.....	1402
16. L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale: limiti, notificazione e termine breve.....	1404
17. Rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria: eccezione di compromesso e regolamento di competenza; eccezione d'incompetenza; ammissibilità del conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal G.A.	1405
18. L'arbitrato internazionale e l'accertamento della sua natura ante novella del 2006.	1409

PRESENTAZIONE

La nostra Rassegna annuale da qualche tempo ha rinnovato il suo impianto strutturale - pur senza perdere la storica funzione di rappresentare puntualmente il laboratorio nomofilattico della Corte nell'anno trascorso - in ragione della esigenza, collegata al costante aumento del numero di pronunce emesse dalla Corte di Cassazione, di disegnare un filo conduttore degli orientamenti in ciascun settore e di indicare, con costruttiva trasparenza, dove questo filo presenta qualche torsione o si spezza.

Duplicità di obiettivi, dunque, per la Rassegna. Anzitutto essa si pone come strumento di informazione periodica sulla produzione giurisprudenziale. Il richiamo dei precedenti fonda l'assolvimento da parte della Corte della funzione, ordinamentale, e, nel contempo, di rilevanza costituzionale, della nomofilachia, ad essa riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, quella, cioè, di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale.

Nel nostro sistema giudiziario né i principi di diritto, né, a maggior ragione, le massime che li esprimono sono vincolanti per il giudice, atteso che, secondo il precetto costituzionale dell'art. 101, secondo comma, Cost., i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Ma, a fronte della non vincolatività dei principi di diritto, si pone la esigenza, di pari rilievo costituzionale, di certezza del diritto, funzionale alla realizzazione del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge di cui all'art. 3, primo comma, Cost., che mal si concilia con una accentuata relativizzazione dei principi di diritto. E dunque, pur in un sistema in cui non opera lo *stare decisis* - tipico degli ordinamenti di *common law* -, ma nel quale i principi di diritto assumono una indubbia valenza persuasiva, anche in ragione dell'ordito argomentativo contenuto nella motivazione che li sostiene, la conferma nel tempo ad opera della Corte di un principio di diritto e la sua cristallizzazione nelle massime ufficiali, che lo registrano in una sintesi enunciativa autosufficiente, formulata tendenzialmente sul modello del sillogismo, origina il "diritto vivente". Esso esprime appunto la norma di legge contestualizzata dai principi di diritto che ad essa afferiscono, ciò che crea affidamento nella stabilità del quadro normativo e, quindi, nella certezza dei rapporti giuridici (indirettamente favorendo anche la ragionevole durata del processo, in ossequio all'art. 111, secondo comma, Cost., e rappresentando un argine deflattivo del contenzioso): il tutto nella costante apertura della Corte ai contributi della dottrina e nella continua verifica della tenuta dei principi già consolidati alla luce della evoluzione sociale.

Alla illustrata funzione della Rassegna di veicolo di una conoscenza corretta del precedente di legittimità, tanto più rilevante in considerazione del sempre crescente numero di sentenze pronunciate dalla Corte, si giustappone, come accennato, l'obiettivo di una lettura sistematica delle stesse che illustri i percorsi ermeneutici ed analizzi le tendenze evolutive della giurisprudenza della Corte, inserita nel contesto

delle fonti normative e giurisprudenziali integrate nel panorama europeo ed internazionale multilivello.

Per comprendere il respiro dell'intervento nomofilattico della Corte, non riconducibile soltanto al diritto positivo interno, la rassegna si apre proprio con la rappresentazione del rapporto dialettico che la giurisprudenza di legittimità ha con le Corti europee al fine di rilevarne il grado d'interazione e di autonomia, con i recenti significativi interventi della Corte Costituzionale al riguardo.

Segue l'esposizione, con riferimento alla parte relativa alla giurisprudenza civile, degli orientamenti suddivisi per tipologie di diritti (diritti fondamentali della persona, diritti a contenuto economico, diritto del lavoro e della previdenza, il rapporto con i pubblici poteri) e per ambiti d'intervento (impresa e mercato, obbligazioni e contratti). All'area processuale è dedicato un intero volume destinato a porre in luce la funzione e l'effettività delle garanzie processuali, in relazione ai principi costituzionali e convenzionali riguardanti il giusto processo.

Un intero volume, quest'anno, è dedicato agli "approfondimenti tematici" che riguardano temi trasversali agli interventi nomofilattici che hanno maggiormente impegnato le diverse sezioni civili. Il diritto all'oblio ed il fine vita, la nuova prospettiva funzionale che caratterizza le nullità contrattuali, esplorata nei diversi ambiti di applicazione (diritti reali, contratti bancari e d'intermediazione finanziaria, diritto del lavoro); ulteriore evoluzione del rapporto mai statico tra nesso causale e danno; i diritti sociali. Ma la novità assoluta di quest'anno, cui si cercherà di dare continuità ed ulteriore sviluppo, anche negli anni futuri, è costituita dagli approfondimenti interdisciplinari, che intersecano il diritto civile ed il diritto penale. Il tema dell'alterazione di stato incide sul limite di ordine pubblico internazionale in relazione alle nuove genitorialità, i rapporti tra giudizio penale e civile nei giudizi risarcitori sono tra i temi dibattuti dalla giurisprudenza sia civile che penale, sui quali, tra gli altri, è stata fornita una sintesi esauriente.

Va, infine, segnalato che, accanto a questa Rassegna annuale, in cui si rinviene un quadro generale della giurisprudenza di legittimità, si collocano le rassegne periodiche in materia tributaria, in tema di processo telematico e di protezione internazionale, che della esigenza di progressivo affinamento e specializzazione costituiscono esempi particolarmente impegnativi. L'ufficio del Massimario, proprio in relazione al progressivo ampliarsi dell'attività giurisdizionale della Corte, diventa il principale motore dell'elaborazione della nomofilachia, rappresentando un operoso laboratorio di ricerche e approfondimenti nei settori nevralgici d'intervento della giurisprudenza di legittimità.

Un lavoro reso possibile solo grazie al sacrificio di colleghi preparati ed appassionati, che hanno partecipato con entusiasmo alla realizzazione di progetti ambiziosi.

I volumi della rassegna in presentazione saranno pubblicati, per conto della Corte, dall'Istituto Poligrafico dello Stato.

Questa breve presentazione si conclude doverosamente con un particolare, sentito e non rituale ringraziamento alla collega Paola D'Ovidio, che ha curato il coordinamento generale della Rassegna, nonché ai colleghi che vi hanno profuso il loro impegno con competenza ed entusiasmo: Irene Ambrosi, Fabio Antezza, Giovanni Armone, Paolo Bernazzani, Stefania Billi, Dario Cavallari, GianAndrea Chiesi, Marina Cirese, Vittorio Corasaniti, Francesco Cortesi, Paolo Di Marzio, Luigi Di Paola, Milena D'Oriano, Paola D'Ovidio, Giovanni Fanticini, Ileana Fedele, Giuseppe Fichera, Vincenzo Galati, Chiara Giammarco, Gianluca Grasso, Luigi La Battaglia, Salvatore Leuzzi, Laura Mancini, Anna Chiara Massafra, Maria Elena Mele, Marzia Minutillo Turtur, Roberto Mucci, Angelo Napolitano, Aldo Natalini, Giuseppe Nicastro, Andrea Penta, Stefano Pepe, Raffaele Piccirillo, Valeria Pirari, Eleonora Reggiani, Raffaele Rossi, Salvatore Saija, Donatella Salari, Antonella Filomena Sarracino, Paolo Spaziani, Andrea Venegoni.

Alla rifinitura dell'*editing* ha provveduto, come per il passato, il personale addetto alla Segreteria dell'Ufficio del Massimario e del CED, cui parimenti va un sincero ringraziamento.

Maria Rosaria San Giorgio - Maria Acierno

VOLUME PRIMO
PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE
(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE INTRODUTTIVA

I) LA CORTE DI CASSAZIONE NEL DIALOGO CON LA CORTE DI GIUSTIZIA UE: UN RUOLO IN CONTINUA EVOLUZIONE.

(DI MILENA D'ORIANO)

SOMMARIO:1. La Corte di cassazione, posizioni consolidate e profili in evoluzione nei rapporti con il diritto dell'Unione. - 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: il contenuto della decisione, le conseguenze e le ragioni della "svolta". - 3. Chiarimenti e precisazioni in tema di "doppia pregiudizialità". - 4. L'attuale scenario dei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia UE. - 5. Le posizioni della Corte di Giustizia UE all'esito del revirement della Corte costituzionale italiana. - 6. La giurisprudenza di legittimità a confronto con il diritto unionale. - 6.1. Il rinvio pregiudiziale - 6.2. La CDFUE - 6.3. I principi generali dell'Unione - 6.4. L'interpretazione conforme - 6.5. La disapplicazione. - 6.6. L'attuazione del diritto dell'Unione.

1. La Corte di cassazione, posizioni consolidate e profili in evoluzione nei rapporti con il diritto dell'Unione.

Le fonti del diritto europeo, al pari di quelle nazionali, costituiscono ormai in maniera consolidata, ed anzi crescente, l'ordito ed il fondamento degli interventi nomofilattici della Corte di cassazione.

Anche nel corso del 2019 numerose sono state le pronunce ispirate ai principi del diritto europeo, espressi nei Trattati, consacrati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di seguito: CDFUE), declinati nelle fonti europee di diritto derivato; copiose quelle che hanno dato applicazione a decisioni della Corte di Giustizia UE o che si sono a queste conformate nell'interpretazione del diritto nazionale.

Gli istituti dell'interpretazione conforme, della disapplicazione, del rinvio pregiudiziale, della responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario, costituiscono già da tempo strumenti di utilizzo costante per la soluzione delle più significative questioni di diritto interno che impattano materie che rientrano nella sfera di competenza dell'Unione europea.

Ad oggi non ancora compiutamente esplorata resta invece la nuova frontiera della "doppia pregiudizialità", come vivificata dopo la svolta impressa dalla Corte costituzionale, con l'*obiter* della sentenza n. 269 del 2017, ai criteri di soluzione delle antinomie tra norme nazionali e sovranazionali in materia di diritti fondamentali.

Era prevedibile, infatti, ed auspicabile, che dopo lo scardinamento di un sistema consolidato di relazioni tra diritto interno e diritto eurounitario il Giudice di legittimità, quale massima espressione della giurisdizione nazionale, assumesse una posizione di prudente attesa al fine di meditare e metabolizzare il nuovo assetto proposto dalla Corte costituzionale.

A prescindere dalla questione se tale rimodulazione sia stata in passato sollecitata dalla stessa giurisprudenza nazionale o sia il frutto di un *input* unilaterale della giurisprudenza costituzionale, l'apertura al dialogo è risultata immediata e, grazie anche all'impulso impresso dal giudice di legittimità con l'ordinanza di rimessione n. 3831 del 2018, le aspettative di chiarimento non sono rimaste deluse, l'interlocuzione ha dato i suoi frutti e l'opzione per una pausa di riflessione è risultata vincente.

2. La sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: il contenuto della decisione, le conseguenze e le ragioni della “svolta”.

Tracciando una linea ideale di continuità con l'analogo contributo di cui alla Rassegna del 2018, l'attesa di futuri sviluppi non è stata vana; l'anno trascorso è stato infatti caratterizzato da ben tre decisioni, le n. 20, n. 63 e n. 117, dedicate dal Giudice delle leggi ad un assestamento delle posizioni assunte agli scorsi del 2017.

Ecco sinteticamente “il dove eravamo rimasti”: con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte costituzionale ha rivisto il suo tradizionale indirizzo restrittivo in tema di rilevanza e ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale anche solo in parte collegate a “parametri comunitari” (oggi eurounitari).

In passato per tali evenienze indicava al giudice remittente la via della “non applicazione/disapplicazione” delle norme interne inconciliabili con norme dell'Unione provviste di efficacia diretta e, nel caso in cui questi nutrisse contemporaneamente un dubbio che legittimasse un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e la rimessione di una questione di costituzionalità, gli imponeva di esercitare prioritariamente il rinvio, dal momento che la risposta proveniente dal Lussemburgo incideva necessariamente sulla rilevanza della questione di costituzionalità.

Per comprendere la repentinità del cambiamento è sufficiente ricordare che solo pochi mesi prima, nell'ordinanza n. 48 del 2017, la Corte costituzionale aveva riaffermato «che l'asserita pregiudizialità dell'incidente di legittimità costituzionale rispetto alla verifica della compatibilità con il diritto dell'Unione è [...] insostenibile,

essendo valida [...] la proposizione esattamente contraria» e che «la non applicazione [di norme interne inconciliabili con norme dell'Unione provviste di efficacia diretta] deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite – sindacabile unicamente da questa Corte – del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona».

Nella sentenza n. 111 dello stesso anno la Corte ancora dichiarava inammissibili alcune questioni in cui dal giudice rimettente veniva prospettato il contrasto con norme eurounitarie, «alcune delle quali sicuramente provviste di efficacia diretta», risultando perciò «superflua l'evocazione del contrasto con i parametri costituzionali», ribadendo che la non applicazione delle disposizioni di diritto interno rientra tra gli obblighi del giudice nazionale, vincolato all'osservanza del diritto dell'Unione europea e alla garanzia dei diritti che lo stesso ha generato, con il solo limite dei cd. “controlimiti”.

Con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte ha, improvvisamente, e per la prima volta, dato un limite all'ambito di applicazione di tale giurisprudenza: nell'ipotesi in cui il giudice ritenga che una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla CDFUE, egli “dovrà” sollevare prioritariamente la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

Premette la Corte costituzionale che la citata Carta dei diritti UE costituisce ormai parte del diritto dell'Unione e si caratterizza per un contenuto di impronta tipicamente costituzionale per cui i principi e i diritti in essa enunciati si intersecano in larga misura con i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione «sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta ».

Mentre sino a pochi mesi prima, in presenza di medesime situazioni, la Corte costituzionale aveva assunto una posizione di “*non liquet*”, in tale arresto afferma, innovando, che le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*, anche in virtù del principio di cui all'art. 134 Cost., che pone il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale, ove essa giudicherà, alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex* artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla CDFUE siano interpretati in armonia con le nostre tradizioni costituzionali.

Quanto poi al rischio di un concorso di rimedi giurisdizionali, ricorda che, come affermato dalla stessa Corte di giustizia, il diritto dell'Unione “non osta” al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità a condizione che i giudici ordinari restino liberi di ricorrere al rinvio pregiudiziale in qualunque fase del procedimento lo ritengano opportuno, ed anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale, e di disapplicare la disposizione legislativa nazionale, che pur abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, “per altri profili” la ritengano contraria al diritto dell'Unione.

Le ragioni di un tale *revirement*, auspicato da tanti e temuto da altri, sono presto dette: difendere il sistema accentrato di costituzionalità scelto dal Costituente dal rischio che il sindacato diffuso in ordine ai rapporti tra il diritto nazionale e quello europeo crei, con riguardo ai diritti fondamentali, un circuito alternativo che sterilizzi il controllo della Corte costituzionale.

La peculiarità del testo di Nizza, assimilabile a grandi linee alla prima parte della nostra Costituzione, in combinato disposto con il principio di immediata prevalenza del diritto eurounitario, cui consegue l'obbligo di disapplicazione del diritto interno contrastante, avevano reso concreto il rischio che il “sindacato diffuso”, in riferimento alla Carta, avrebbe progressivamente sostituito il sindacato accentrato svolto dalla Corte costituzionale, trasformando nello stesso tempo, per effetto della coincidenza dei parametri di riferimento, il ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in un “incidente di costituzionalità”.

Sarebbe così giunto a definitivo compimento quel processo evolutivo, già da molti stigmatizzato in termini critici, che aveva incentivato l'utilizzo della pregiudiziale comunitaria non tanto per ricevere la corretta interpretazione del diritto comunitario, allo scopo di assicurarne una omogenea applicazione, quanto per attivare un vero e proprio controllo di “legittimità comunitaria” della normativa nazionale.

3. Chiarimenti e precisazioni in tema di “doppia pregiudizialità”.

Nel corso del 2019 la Corte costituzionale ha apportato dei significativi correttivi interpretativi al nuovo assetto dei rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno in materia di diritti fondamentali.

Gli interventi in tema di “doppia pregiudizialità” si sono incentrati sostanzialmente su due punti, apparsi da subito problematici, quello dell'obbligo o facoltà del giudice nazionale di rivolgersi con priorità alla Corte costituzionale e

quello dei residui e concorrenti poteri del giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia e di procedere alla disapplicazione.

A partire dalla sentenza n. 20, ed a seguire in quella n. 63, la Corte costituzionale ha chiarito che nei casi in cui si sospetti una congiunta violazione della Carta e della Costituzione sollevare preventivamente la questione di legittimità costituzionale costituisce per il giudice un'opportunità in più, e non una scelta obbligata, giustificata dal rango costituzionale dei diritti in gioco.

Mentre nella sentenza n. 269 del 2017 si affermava «la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte», e si poneva come un dovere sollevare la questione di legittimità costituzionale, nella sentenza n. 20 del 2019 viene apportata una piccola ma importante modifica e l'intervento con effetti *erga omnes* da necessario diviene “opportuno”, al fine di preservare il principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale.

In tale arresto la Corte evidenzia di essere chiamata a pronunciare la “prima parola” “per volontà esplicita del giudice a quo” e stigmatizza la perdurante possibilità per il giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia per qualsiasi motivo ed in qualsiasi momento, precisando che «resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione».

In termini ancora più espliciti, nella successiva sentenza n. 63 si ribadisce la sussistenza del «potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»; si afferma poi che, laddove «sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta».

A nessun commentatore è così sfuggito che l'utilizzo dell'“anche dopo” legittima necessariamente l'esistenza di un “anche prima”.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha poi proceduto ad eliminare il riferimento agli “altri profili”, che si era temuto potesse alludere ad una limitazione del potere di disapplicazione del giudice comune sia rispetto alla norma UE, già direttamente esaminata dalla Corte come parametro europeo, sia per quei profili in cui la norma UE andava a coincidere con la norma costituzionale esaminata quale parametro interno; la linea interpretativa del 2019 afferma invece esplicitamente la totale libertà del giudice di disapplicare, per qualsiasi motivo, anche dopo una eventuale sentenza di rigetto della questione di legittimità costituzionale.

Prevedibile, infine, l'allargamento dell'ambito di applicazione della priorità costituzionale dalla CDFUE alle disposizioni attuative della stessa, sancito dalla sentenza n. 20, ove la Corte ha ritenuto che lo stesso trattamento previsto per le ipotesi di supposta violazione della Carta dovesse estendersi anche alle disposizioni comunitarie di diritto derivato strettamente connesse.

Da sempre sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sia quella della Corte costituzionale concordano nell'escludere rilevanza ai principi generali riconosciuti nella Carta al di fuori delle materie regolate dal diritto UE, il che ovviamente presuppone l'esistenza di una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa.

Poiché la Carta di Nizza rileva solo nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione è inevitabile che tale eventualità andrà a verificarsi in settori dove opera anche la normazione secondaria: inoltre, data l'ampiezza delle previsioni della CDFUE, è difficile ipotizzare che vi siano settori oggetto di normazione secondaria che non rientrino anche nel “cono d'ombra” della stessa; il discrimine resta dunque solo quello dell'impatto su diritti fondamentali.

Nella fattispecie esaminata della sentenza n. 20 si trattava infatti di una ipotesi in cui il parametro denunciato era difficilmente scindibile tra disposizione della Carta e norma attuativa in quanto i principi previsti dalla direttiva si presentavano in connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE addirittura in senso inverso, avendone costituito essi stessi il “modello” ispiratore.

Infine nell'ordinanza n. 117 del 2019, emessa in riferimento alla questione di legittimità costituzionale sollevata da Sez. 2, n. 03831/2018, Cosentino, Rv. 647802-01 e 02, la Corte costituzionale non ha esitato, in nome dello spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali, a sollecitare essa stessa un chiarimento da parte della Corte di giustizia UE - come aveva già sperimentato efficacemente in passato quale

«organo giurisdizionale» nazionale ai sensi dell'art. 267 del TFUE - sull'esatta interpretazione ed eventualmente sulla validità di due disposizioni di diritto derivato alla luce di disposizioni della stessa Carta, attivando il rinvio pregiudiziale prima di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma interna sottoposta al suo sindacato.

Nel fare questo non si è certo premurata di celare quale potesse essere il suo probabile orientamento, indicando anche quale tra le possibili risposte al quesito non avrebbe posto la dichiarazione di illegittimità costituzionale sollecitata dalla Corte di cassazione remittente in contrasto con il diritto dell'Unione.

4. L'attuale scenario dei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di Giustizia UE.

Tirando le fila del nuovo corso non erra chi ritiene che molte nubi si siano dissipate nell'anno trascorso: la doppia pregiudizialità in tema di tutela dei diritti fondamentali di rilevanza comunitaria non costituisce ad oggi un obbligo per il giudice nazionale ma un'opportunità aggiuntiva, un mezzo ulteriore a disposizione del giudicante per raggiungere l'obiettivo corale del potenziamento del sistema multilivello di tutela dei diritti di rango costituzionale.

Intatte quindi le prerogative del giudice comune di optare per il ricorso al rinvio pregiudiziale o di disapplicare la norma nazionale che si ponga in contrasto con quella europea dotata di efficacia diretta, in qualunque momento e per qualsiasi motivo, sia prima che dopo aver sollevato la questione di illegittimità costituzionale.

A differenza del passato, la Corte costituzionale si è però attribuita una legittimazione concorrente, da cui prima rifuggiva, ad esprimere anche "la prima parola", in nome di un'esigenza di certezza del diritto che in precedenza aveva ritenuto recessiva rispetto al principio del primato del diritto europeo.

La novità della proposta sta dunque nell'offerta di un concorso di rimedi giurisdizionali e non nell'affermazione della prevalenza dell'uno sugli altri, posizione che, se lascia un ampio margine di discrezionalità al giudice nazionale, lo investe nello stesso tempo di un grande carico di responsabilità, lasciandolo arbitro assoluto nella scelta del campo ove dissipare con priorità i suoi dubbi interpretativi o di legittimità, e risolvere con essi le possibili antinomie.

Difficile fornire dei criteri di orientamento, possibile sollecitare delle riflessioni, indurre delle suggestioni; proprio su tale aspetto del resto si richiede da molti un nuovo intervento della Corte costituzionale che nel prossimo futuro fornisca delle

“istruzioni per l'uso” di carattere generale, finalizzate a sostenere la singola sensibilità del giudice comune.

Una parte della dottrina propone di utilizzare come indicatore di direzione il “principio della prossimità”, per cui la scelta tra rinvio pregiudiziale ed incidente di costituzionalità dovrebbe essere guidata dalla maggiore o minore vicinanza della fattispecie ad un ordinamento piuttosto che all'altro.

In presenza di disposizioni nazionali che riproducano fedelmente il testo di una norma contenuta in una direttiva, l'opzione preferibile dovrebbe essere quella europea, nel rispetto del monopolio della Corte di Giustizia nella interpretazione di quel diritto e nella valutazione della legittimità dell'operato delle istituzioni; qualora invece la questione investa una disposizione interna che, pur adottata allo scopo di dare attuazione ad una direttiva, intervenga “negli spazi di manovra” che questa riconosce al legislatore nazionale all'atto del recepimento, allora la scelta dovrebbe ricadere sul sistema nazionale di tutela dei diritti fondamentali.

Altra dottrina costituzionalista esorta invece ad orientarsi tra disapplicazione e questione di legittimità costituzionale sulla base di una valutazione contenutistica.

La disapplicazione dovrebbe essere utilizzata solo in presenza di un “contrasto” flagrante tra norme capace di far emergere in modo univoco la necessità della rimozione della norma interna incompatibile; di contro situazioni che impongono un bilanciamento con una pluralità di principi, nazionali ed europei, ordinari e costituzionali, meritevoli di analoga considerazione, dovrebbero suggerire il ricorso all'organo deputato costituzionalmente ad effettuare tale valutazione, dotato dell'autorevolezza necessaria ad effettuare gli apprezzamenti del caso, sicché quanto più la questione si presenti costituzionalmente complessa e delicata tanto più l'intervento della Corte costituzionale dovrebbe ritenersi appropriato.

Certo non va da ultimo trascurato il fattore tempo: la soluzione ottimale dovrebbe essere sempre quella che, sulla base di un meditato e difficile giudizio prognostico, appaia in grado di assicurare nei tempi più celeri l'auspicato obiettivo - la soluzione delle antinomie - al fine di scongiurare che la lungaggine processuale si traduca, in violazione dell'art. 11 Cost. in una denegata giustizia.

5. Le posizioni della Corte di Giustizia UE all'esito del *revirement* della Corte costituzionale italiana.

Sul fronte europeo, seppure non si è registrata la temuta scomposta reazione della Corte di Giustizia UE, non si è fatta attendere la riconferma di posizioni già espresse in merito al sistema giurisdizionale istituito dai Trattati per assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, nonché il consolidamento di quelle relative alla portata dei diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta cui, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, va riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Da ultimo la Corte di Lussemburgo ha riaffermato nella sentenza 24 ottobre 2018 C. 234/17 XC YB ZA che l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se un ricorso obbligatorio dinanzi ad una Corte costituzionale impedisse al giudice nazionale di sottoporle questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione.

Il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE viene definito “la chiave di volta” del sistema di tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministratori in forza del diritto dell'Unione che, instaurando un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione e quindi la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto.

La Corte sottolinea che la cooperazione che deve esistere fra giudice nazionale e giudice dell'Unione, nonché il principio del primato del diritto dell'Unione, esigono che il giudice nazionale sia libero di sottoporre alla Corte, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria; inoltre i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

Importanti i chiarimenti offerti nella sentenza del 24 giugno 2019 Poplawsky II C-573/17: il principio del primato del diritto dell'Unione, che sancisce la preminenza del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri, non consente di rimettere in discussione la distinzione essenziale tra le disposizioni del diritto

dell'Unione dotate di effetto diretto e quelle che ne sono prive, né di instaurare un regime unico di applicazione di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione.

Ne consegue che ogni giudice nazionale, se ha l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione che abbia effetto diretto nella controversia di cui è investito, al contrario non può disapplicare una disposizione del diritto nazionale incompatibile con una norma del diritto dell'Unione che sia priva di effetto diretto - che quindi non sia sufficientemente chiara, precisa e incondizionata -, tanto si tratti di una disposizione contenuta in una direttiva, tanto di una disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La Corte di Giustizia UE poi, in piena coerenza sistematica con la propria giurisprudenza, ha riconosciuto effetti diretti, anche orizzontali, nei rapporti tra privati, alle disposizioni della Carta che sanciscono un diritto di «carattere allo stesso tempo imperativo e incondizionato» che non richiede una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale (CGUE 17 aprile 2018, C-414/16, Egenberger, punto 76; 6 novembre 2018, C- 684/16, Max-Planck, punto 74; 6 novembre 2018, C-569/16 e C-570/16, Bauer e Broßonn, punto 85, in tema di diritto a un periodo di ferie annuali retribuite, sancito per ogni lavoratore dall'articolo 31, paragrafo 2, della Carta).

Resta fermo che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato, e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti, perché tanto equivarrebbe a riconoscere all'Unione il potere di istituire con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti (sentenza 7 agosto 2018, Smith, C122/17, punto 42 e giurisprudenza ivi citata), e pertanto, anche se chiara, precisa ed incondizionata, non può essere invocata per disapplicare una disposizione di diritto nazionale ad essa contraria nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati.

Tanto non impedisce tuttavia che gli stessi soggetti privati si trovino direttamente obbligati al rispetto di determinate disposizioni della CDFUE, in quanto seppure l'art. 51, par. 1 della stessa ne prevede l'applicazione alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, ciò non esclude che essa possa essere invocata in situazioni c.d. "orizzontali", sempre che si verta in un contesto di rilevanza comunitaria e di applicabilità del diritto UE, e non già meramente di diritto interno.

6. La giurisprudenza di legittimità a confronto con il diritto unionale.

La Corte di cassazione, quale rappresentante della nomofilachia nazionale, ha proseguito ad interpretare il suo ruolo con equilibrio ed autorevolezza ed a proporsi quale protagonista del dialogo con la Corte di Giustizia UE e la Corte costituzionale.

Il diritto dell'Unione affianca ormai costantemente il diritto nazionale nelle decisioni che abbiano ad oggetto materie di rilevanza comunitaria; nessuna posizione di rottura ma un consolidamento di posizioni già meditate e ritenute meritevoli di continuità.

Costante ed efficace l'utilizzo dell'interpretazione conforme ed il richiamo rafforzativo dal punto di vista argomentativo ai principi fondamentali dell'Unione; dosato per le situazioni già acclarate il ricorso alla disapplicazione, rispettato il primato per le fonti ad efficacia diretta, continua ad essere sistematica l'opera di adeguamento alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo.

Sul fronte aperto della doppia pregiudizialità, si registrano due pronunce che propongono apertamente il problema della violazione congiunta della CDFUE e della Costituzione, una antecedente ed una successiva alle già esaminate decisioni della Corte costituzionale n. 20 e n. 63 del 2019, che, motivando, hanno scelto percorsi diversi; in termini più generali non risulta invece nessun arretramento in merito alla portata della Carta né tanto meno una accelerazione nel senso di una sua applicazione diretta.

L'opzione per il ricorso prioritario alla pregiudiziale comunitaria è stata la scelta di Sez. L che, con l'ordinanza **n. 451 del 10 gennaio 2019**, Cinque, non massimata, ha chiesto alla Corte di Lussemburgo se l'art. 7 par. 2 della direttiva 2003/88 e l'art. 31, punto 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, anche separatamente considerati, debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni o prassi nazionali in base alle quali, cessato il rapporto di lavoro, il diritto al pagamento di una indennità pecuniaria per le ferie maturate e non godute (e per un istituto giuridico quale le cd. "Festività soppresse" equiparabile per natura e funzione al congedo annuale per ferie) non sia dovuto in un contesto in cui il lavoratore non abbia potuto farlo valere, prima della cessazione, per fatto illegittimo (licenziamento accertato in via definitiva dal giudice nazionale con pronuncia comportante il ripristino retroattivo del rapporto lavorativo) addebitabile al datore di lavoro, limitatamente al periodo intercorrente tra la condotta datoriale e la successiva reintegrazione.

La pronuncia, depositata in data antecedente alle sentenze chiarificatrici della Corte costituzionale del 2019, si segnala per aver al punto 47 escluso *apertis verbis* di essere tenuta a seguire la strada del preventivo incidente di costituzionalità, indicata dalla stessa Corte con la sentenza n. 269 del 2017, posto che il diritto alle ferie è anche garantito dalla Costituzione all'art. 36, comma 3, rilevando che quelle indicazioni erano state espresse in un «*obiter*» non vincolante per il giudice comune, perché contenute in una decisione di inammissibilità, per un profilo, e di rigetto, per il resto, e che, in ogni caso, lo stesso Giudice delle leggi italiane, anche nelle ipotesi in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione Italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla CDFUE in ambito di rilevanza sovranazionale, allorché si tratti di questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, aveva fatto salvo il potere del Giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

Conclude quindi la S.C. che nella specie il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risultava essere lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali, stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali.

Al contrario, la stessa Sez. L, con l'ordinanza **n. 16170 del 17 giugno 2019**, Mancino, non massimata, nel dichiarare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 125, della l. n. 190 del 2014, in relazione agli artt. 3, 31 e 117, comma 1, Cost. quest' ultimo in riferimento agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 della CDFUE, nella parte in cui richiede ai soli cittadini extracomunitari ai fini dell'erogazione dell'assegno di natalità anche la titolarità del permesso unico di soggiorno, anziché la titolarità del permesso di soggiorno e di lavoro per almeno un anno in applicazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, ha espressamente ritenuto di anteporre l'incidente di costituzionalità alla verifica di compatibilità della norma denunciata con la previsione dell'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva UE 2011/98, che impone la parità di trattamento in favore dei «lavoratori dei paesi terzi di cui all'art. 3, par. 1, lettere b) e c)».

Sul punto osserva la S.C che la “non applicazione” della disposizione contenuta nell'art. 1, comma 125, della l. n. 190 del 2014, ovviamente limitato all'inciso che richiede per cittadini extracomunitari anche il possesso di permesso di lungo soggiorno, non potrebbe realizzare effetti analoghi a quelli derivanti dalla sua pronuncia di incostituzionalità, in quanto solo in sede di giudizio costituzionale è possibile valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi e considerare gli indici normativi che

avrebbero dovuto condurre il legislatore a riconoscere, quale unico criterio selettivo giustificato e ragionevole, il possesso della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, previsto dall'art. 41 del d.lgs. n. 286 del 1998, quale espressione di un principio generale, al fine di riconoscere ai titolari la piena equiparazione ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale.

6.1 Il rinvio pregiudiziale.

Non poche le ordinanze interlocutorie con cui la S.C. nel corso dell'anno ha sollecitato l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, per la risoluzione di questioni pregiudiziali interpretative di norme dell'Unione

Nessun problema di doppia pregiudizialità si è posto nel caso del rinvio pregiudiziale operato dalla Sez. 5 con l'ordinanza **n. 02385 del 29 gennaio 2019, Perrino, non massimata**, che si è interrogata «se gli artt. 2 e 6 della sesta direttiva n. 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, nonché il principio di neutralità fiscale debbano essere interpretati nel senso che ostano a una legislazione nazionale in base alla quale non sono da intendere rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto i prestiti o i distacchi di personale della controllante a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo da parte della controllata».

La stessa Sez. 5, con l'ordinanza **n. 02395 del 29 gennaio 2019, Fuochi Tinarelli, non massimata**, ha invece chiesto alla CGUE di chiarire «Se il disposto di cui all'art. 12, n. 3, della direttiva del Consiglio n. 76/308/CEE, sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da taluni contributi, dazi, imposte ed altre misure, come modificata dalla direttiva del Consiglio n. 2001/44/CE, in relazione all'art. 20 della direttiva del Consiglio n. 92/12/CEE, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa, possa essere interpretato nel senso che, nel giudizio avviato avverso gli atti esecutivi di riscossione, possa costituire oggetto di disamina ed eventualmente in quali limiti, il presupposto del luogo (di effettiva immissione in consumo) in cui l'irregolarità o l'infrazione sia stata effettivamente commessa qualora, come nell'ipotesi in giudizio, la medesima pretesa, fondata sulle stesse ed uniche operazioni di esportazione, venga avanzata, autonomamente, nei confronti del contribuente dallo Stato richiedente e dallo Stato adito, e presso quest'ultimo siano pendenti, contemporaneamente, sia il giudizio sulla pretesa interna sia quello sull'attività di riscossione per l'altro Stato, assumendo un tale accertamento valore ostativo alla richiesta di assistenza e, dunque, a tutti gli atti esecutivi».

Sempre in materia tributaria Sez. 5, con due identiche ordinanze **n. 15432 e n. 15433 del 7 giugno 2019**, Penta, non massimate, ha manifestato il dubbio interpretativo "se il diritto comunitario - ed in particolare le disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali, come interpretate da codesta Corte - ostino all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 35, comma 10-*ter* del d.l. n. 223 del 2006 (nella parte in cui limita ai fondi di investimento immobiliare chiusi l'agevolazione delle imposte ipotecarie e catastali)", mentre Sez. 5, con le tre ordinanze **n.n. 13342, 13343 e 13344 del 17 maggio 2019**, Cirese, non massimate, in tema di recupero di aiuti di Stato illegittimi, si è interrogata sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario del comma 1223 dell'articolo unico della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (oggi art. art. 16 *bis*, comma 11, della l. n. 4 febbraio 2005 n. 11), ed il DPCM 23 maggio 2007, con riferimento all'art. 108, comma 3, TFUE come interpretato dalla giurisprudenza c.d. Deggendorff, alla decisione C (2008)380 della Commissione europea ed al principio comunitario di proporzionalità".

L'ordinanza Sez. 3, **n. 02964 del 31 gennaio 2019**, Vincenti, non massimata, nell'ambito di una causa principale concernente un'azione di risarcimento danni proposta da cittadina italiana, residente stabilmente in Italia, contro lo Stato per la mancata attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, "relativa all'indennizzo delle vittime del reato", e, in particolare, dell'obbligo, ivi previsto dall'art. 12, par. 2, a carico degli Stati membri, di introdurre, entro il 10 luglio 2005 (come stabilito dal successivo art. 18, par. 1), un sistema generalizzato di tutela indennitaria, idoneo a garantire un adeguato ed equo ristoro in favore delle vittime di tutti i reati violenti ed intenzionali (compreso il reato di violenza sessuale, di cui l'attrice era stata vittima), nelle ipotesi in cui le medesime siano impossibilitate a conseguire, dai diretti responsabili, il risarcimento integrale dei danni subiti, ha posto il dubbio sulla possibilità di configurare la violazione dell'obbligo, quale condizione immediata e diretta per l'accesso al risarcimento del danno da illecito dello Stato, non solo in riferimento a "situazioni transfrontaliere" ma anche in favore di soggetti residenti stabilmente nello stesso Stato nel quale il reato intenzionale violento è stato commesso in loro danno.

In caso di risposta affermativa si è chiesta poi se l'indennizzo stabilito in favore delle vittime dei reati intenzionali violenti (e, segnatamente, del reato di violenza sessuale, di cui all'art. 609-*bis* cod. pen.) dal decreto del Ministro dell'interno 31 agosto 2017 nell'importo fisso di euro 4.800, possa reputarsi "indennizzo equo ed adeguato delle vittime" in attuazione di quanto prescritto dall'art. 12, par. 2, della direttiva 2004/80.

Con le ordinanze **n. 09021 e n. 09022, del 1 aprile 2019**, Calafiore, non massimate, la Sez. L ha invece sollevato questione pregiudiziale diretta ad accertare, rispettivamente, se l'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE, del 25 novembre 2003, nonché il principio di parità di trattamento tra soggiornanti di lungo periodo e cittadini nazionali, ostino ad una legislazione nazionale in base alla quale, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare vanno esclusi i familiari del lavoratore di Stato terzo soggiornante di lungo periodo, qualora gli stessi risiedano presso il paese d'origine, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, e se l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE, del 13 dicembre 2011, nonché il principio di parità di trattamento tra titolari del permesso unico di soggiorno e di lavoro e cittadini nazionali, ostino ad una legislazione nazionale in base alla quale, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare vanno esclusi i familiari del lavoratore di Stato terzo titolare del permesso unico, qualora gli stessi risiedano presso il paese d'origine, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro.

Infine Sez. 2, **n. 29469 del 13 novembre 2019**, Oricchio, non massimata, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione pregiudiziale se, nell'ipotesi del conducente di automezzo, l'art. 15, comma 7, del Regolamento CEE n. 3281 del 1985, ove delimita l'ambito del lasso temporale tra la "giornata in corso ed i 28 giorni precedenti", possa essere interpretato come norma che prescriva un'unica complessiva condotta con conseguente commissione di un'unica infrazione ed irrogazione di una sola sanzione ovvero possa dare luogo, con applicazione del cumulo materiale, a tante violazioni e sanzioni per quanti sono i giorni in relazione ai quali non sono stati esibiti i fogli di registrazione del cronotachigrafo.

6.2. La CDFUE.

In linea di continuità con una giurisprudenza europea e costituzionale ormai consolidata, la Corte di legittimità rifugge dal cd. utilizzo *extra districtum* della CDFUE, ribadendone l'irrilevanza nelle materie non regolate dal diritto UE.

Sollecitata alla disapplicazione, per un ipotetico contrasto con i principi della Carta di Nizza, della normativa nazionale in tema di presupposti della domanda risarcitoria contro lo Stato per atto commesso con dolo o colpa grave dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, **Sez. 3, n. 01068/2019, Dell'Utri, Rv. 652443-01** evidenzia così che la verifica pregiudiziale di compatibilità è preclusa laddove la materia disciplinata dalla normativa nazionale non rientri nell'ambito del diritto dell'Unione, in quanto, ai sensi dell'art. 6 del TUE (a sua volta richiamato, con

riguardo all'adesione della UE alla CEDU, dal Protocollo 8 allegato al TFUE), tanto il riconoscimento delle disposizioni della c.d. Carta di Nizza, quanto l'adesione della UE alla CEDU, devono ritenersi tali da 'non estendere in alcun modo', né, rispettivamente, da 'modificare', le competenze dell'Unione definite nei trattati".

A fronte della denuncia della violazione del principio del contraddittorio processuale e di quello concernente la legalità della pena, si è quindi ritenuta l'insussistenza di un collegamento tra la lesione dei diritti azionati e la violazione di norme concernenti l'ambito delle competenze del diritto comunitario esulando dalle competenze comunitarie la regolamentazione del diritto penale e del diritto processuale penale degli stati membri.

Continuo invece il confronto con le disposizioni della Carta nelle tante materie di rilevanza eurounitaria, quasi sempre in accostamento agli analoghi principi affermati dalla Costituzione e dalla CEDU.

Ecco dunque la conferma di compatibilità con la tutela europea del diritto fondamentale ad un processo equo, codificato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, dall'art. 6 della CEDU e dall'art. 111 Cost., delle norme interne che, in tema d'imparzialità del giudice, attengono all'astensione e alla ricsuzione (artt. 51 e 52 c.p.c.), da parte di **Sez. 2, 02270/2019, Grasso, Rv. 652427-01**, o dell'interpretazione degli artt. 189, 345 e 346 c.p.c., secondo cui l'istanza istruttoria non accolta nel corso del giudizio, che non venga riproposta in sede di precisazione delle conclusioni, deve reputarsi tacitamente rinunciata, riaffermata da **Sez. 6-3, 03229/2019, Scarano, Rv. 653001-01**.

Sez. U, n. 11588/2019, Conti, Rv. 653790-01, ha quindi escluso che si ponga in contrasto con l'art. 47 della CDFUE e con l'art. 6 della CEDU, la negazione di un interesse protetto di un privato a richiedere il promovimento del conflitto di attribuzioni da parte di un ente pubblico, dal momento che il diritto di accesso ad un tribunale postula l'esistenza di una posizione giuridica tutelata nell'ordinamento interno, mentre solo all'ente spetta la decisione, contraddistinta da ampia discrezionalità e da connotati di politicità, di proporre il ricorso *ex art. 134 Cost.* per la delimitazione dei suoi poteri costituzionali.

In tema di patrocinio a spese dello Stato, si è invece ritenuto che ammettere la possibilità di sollevare anche in sede di riscossione la questione della insussistenza dei presupposti per l'assoggettabilità all'obbligo di versamento, per una erroneità nell'indicazione iniziale, si porrebbe in contrasto con l'art. 6 della CEDU e con l'art. 47 della Carta di Nizza, con riguardo ai tempi ragionevoli del processo ed al

principio dell'esame equo della controversia (**Sez. 5, n. 22646/2019, D'Aquino, Rv. 655049-01**, in difformità con **Sez. 1, n. 09660/2019, Terrusi, Rv. 653689-01 e Sez. 1, n. 27867/2019, Terrusi, Rv. 655780-01.**), mentre in tema di riscossione coattiva delle imposte, si è ribadito che l'iscrizione di ipoteca su beni immobili ai sensi dell'art. 77 del d.P.R. n. 602 del 1972 (vigente "*ratione temporis*"), senza l'omessa attivazione del preventivo contraddittorio endoprocedimentale, violi il diritto alla partecipazione al procedimento, garantito anche dagli artt. 41, 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea, con conseguente nullità dell'iscrizione ipotecaria. (**Sez. 5, n. 00557/2019, D'Orazio, Rv. 652721-03.**)

In tema di immigrazione, **Sez. 1, n. 27076/2019, Valitutti, Rv. 655768-01**, ha affermato che lo straniero cui sia stata prorogata la misura del trattenimento presso un centro di identificazione e di espulsione (CIE) ha diritto al riesame del provvedimento di proroga ai sensi dell'art. 15 della direttiva n. 2008/115/CE, norma "*self-executing*" direttamente applicabile nell'ordinamento interno che deve effettuarsi con le garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio previste - nel diritto interno - dagli artt. 24 e 111 Cost., ed - a livello comunitario - dagli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali della U.E, da assicurare, in mancanza di espressa disciplina e tenuto conto dell'esigenza di celerità della decisione, dalle forme del rito camerale *ex art. 737 ss. c.p.c.*, già previsto per la convalida del trattenimento, idoneo a garantire il contraddittorio anche qualora non venga fissata l'udienza, essendo in tal caso le parti comunque ammesse a depositare memorie scritte.

In tale pronuncia si ricorda che la Corte di Lussemburgo ha più volte affermato che i diritti della difesa, che includono il diritto di essere sentiti e il diritto di accedere al fascicolo, sono diritti fondamentali costituenti parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione e consacrati dalla Carta di Nizza e che l'obbligo di rispettare i diritti della difesa dei destinatari di decisioni che incidono in modo rilevante sui loro interessi incombe, in linea di principio, sulle amministrazioni degli Stati membri ogniquale volta esse adottano provvedimenti che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione.

Il riferimento all'elevato livello di protezione della salute umana, garantito dalla Costituzione e dall'art. 35 della CDFUE, non ha impedito a **Sez. L, n. 09272/2019, Ghinoy, Rv. 653454-01** di confermare la sentenza di merito che aveva escluso il diritto all'erogazione gratuita della terapia Dikul, o R.I.C., sul rilievo che in tema di cure tempestive non erogabili dal servizio pubblico, anche nella visione eurounitaria, il diritto alla fruizione di prestazioni sanitarie a carico del SSN deve essere riconosciuto contemperando la necessità di soddisfare un numero quanto più ampio

possibile di fruitori con i condizionamenti derivanti dalla limitatezza delle risorse finanziarie di cui lo Stato dispone per organizzare la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica.

Sez. 1, n. 12998/2019, Caiazza, Rv. 653917-02, nel cassare la decisione di merito che aveva rigettato la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno da parte di un aderente alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova, allo scopo di far valere la sua irrevocabile volontà di non essere sottoposto, neanche in ipotesi di morte certa ed imminente, a trasfusioni a base di emoderivati, ha invece affermato che la designazione anticipata dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in vista della propria eventuale futura incapacità, prevista dall'art. 408, comma 1, c.c., avendo tra l'altro la finalità di consentire al designante, che si trovi ancora nella pienezza delle proprie facoltà cognitive e volitive, di impartire delle direttive vincolanti sulle decisioni sanitarie o terapeutiche da far assumere in futuro all'amministratore designato, deve essere consentita anche se tali direttive prevedano il rifiuto di determinate cure, in quanto il diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, sancito dall'art. 32 Cost., dagli art. 2, 3 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalle convenzioni internazionali, include il diritto di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, senza che tale rifiuto, ove informato, autentico e attuale, incontri un limite di ordine pubblico in un inesistente dovere di curarsi.

6.3. I principi generali dell'Unione.

Frequenti, poi, nelle decisioni i richiami ai principi generali dell'Unione, come interpretati ed applicati dalla CGUE

Il principio unionale di effettività della tutela ispira le decisioni che in tema di rimborso del pagamento indebito delle accise consentono eccezionalmente al consumatore finale, al quale il fornitore abbia addebitato le suddette imposte, di chiedere direttamente il rimborso all'Amministrazione finanziaria, nel caso in cui dimostri l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà dell'ordinaria azione di ripetizione da lui esperibile nei confronti del fornitore, difficoltà da riferire alla situazione in cui si trova il fornitore e non al fatto che il pagamento indebito dell'imposta derivi dalla contrarietà alla direttiva n. 2008/118/CE della norma interna in tema di accise. (**Sez. 5, n. 29980/2019, Nonno, Rv. 655922-01; Sez. 5, n. 14200/2019, D'Aquino, Rv. 654071-01**).

Lo stesso principio è posto da **Sez. 5, n. 25093/2019, Fanticini, Rv. 655409-01** a fondamento del diritto del prestatore di un servizio di chiedere all'Amministrazione finanziaria il rimborso dell'IVA indebitamente versata dopo il decorso del termine di decadenza previsto dall'art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992; secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (sentenza del 15 dicembre 2011, causa C-427/10), il principio di effettività del diritto comunitario, infatti, pur non ostando ad una normativa nazionale in materia di ripetizione dell'indebito che preveda un termine di prescrizione per il committente più lungo di quello di decadenza per il prestatore del servizio, non è soddisfatto quando l'applicazione di tale disciplina abbia la conseguenza di privare completamente il soggetto passivo del diritto di ottenere dall'Amministrazione finanziaria il rimborso dell'IVA non dovuta.

Anche per **Sez. L, n. 00992/2019, Tria, Rv. 652230-01** (in continuità con Sez. U, n. 05072/2016, Amoroso, Rv. 639066-01), questa volta in materia di pubblico impiego privatizzato, è il canone di effettività della tutela giurisdizionale, come già affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), ad imporre, nell'ipotesi di illegittima o abusiva successione di contratti di somministrazione di lavoro a termine, di riconoscere al lavoratore il diritto al risarcimento del danno, da parametrarsi alla fattispecie di portata generale di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario".

Nessun ostacolo all'esercizio di diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione, e quindi nessun contrasto con il principio di effettività è stato invece ravvisato da **Sez. 5, n. 06114/2019, Venegoni, Rv. 652791-01** nella fissazione del termine di decadenza per la proposizione dell'istanza di rimborso dalla data della ritenuta, da parte dell'art. 38 del d.P.R. n. 602 del 1973, nell'ipotesi di un'imposta versata in forza di una norma dichiarata in contrasto con il diritto dell'Unione europea da una sentenza della Corte di giustizia: si rileva infatti che il principio affermato dalla stessa Corte di Giustizia, per cui il diritto dell'Unione non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (caso C-234/04), trasferito dal campo processuale a quello attinente ai rapporti con la pubblica amministrazione, non impone al giudice interno di disapplicare norme nazionali che stabiliscono termini per esercitare azioni, decorsi i quali il rapporto diventa definitivo.

Per **Sez. 5, n. 08630/2019, De Masi, Rv. 653530-01**, in continuità con consolidato orientamento, è invece l'inammissibilità della revocazione delle decisioni della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 395 n. 5 c.p.c. a non porsi in contrasto - oltre che con i principi di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost. - con il diritto dell'Unione europea, non recando alcun "*vulnus*" al principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, atteso che la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia riconosce, da un lato, l'importanza del principio della cosa giudicata, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, e rimettendo, dall'altro, le modalità di formazione della cosa giudicata e quelle di attuazione del relativo principio agli ordinamenti giuridici degli stati membri.

Sulla delicata questione del giudicato si segnala **Sez. 5, n. 31084/2019, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 656084-01**; posto che, in materia tributaria, l'effetto vincolante del giudicato esterno, in relazione alle imposte periodiche, è limitato ai soli casi in cui vengano in esame fatti che, per legge, hanno efficacia permanente o pluriennale, producendo effetti per un arco di tempo che comprende più periodi di imposta, o nei quali l'accertamento concerne la qualificazione di un rapporto ad esecuzione prolungata, la decisione ha evidenziato che il diritto dell'Unione europea, così come costantemente interpretato dalla Corte di Giustizia, non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne da cui deriva l'autorità di cosa giudicata di una decisione, con riguardo al medesimo tributo, in relazione ad un diverso periodo di imposta, nemmeno quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione, salvo le ipotesi, assolutamente eccezionali, di discriminazione tra situazioni di diritto comunitario e situazioni di diritto interno, ovvero di pratica impossibilità o eccessiva difficoltà di esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario ovvero di contrasto con una decisione definitiva della Commissione europea emessa prima della formazione del giudicato.

In tale sentenza si richiama la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui il diritto dell'Unione, in base ai principi di equivalenza e di effettività, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta al fatto che a un giudice nazionale non spetti la possibilità di revocare una decisione giurisdizionale definitiva pronunciata nel contesto di un ricorso di natura civile, anche quando tale decisione risulti incompatibile con un'interpretazione del diritto dell'Unione accolta dalla Corte di giustizia successivamente alla data in cui la decisione è divenuta definitiva, finanche qualora, di contro, una tale possibilità sussista per le decisioni giurisdizionali definitive incompatibili con il diritto dell'Unione pronunciate nel contesto dei ricorsi di natura amministrativa.

E' stata così ribadita l'importanza che riveste anche nell'ordinamento giuridico dell'Unione il principio dell'intangibilità del giudicato, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, per cui il giudice nazionale non è vincolato dal diritto dell'Unione a disapplicare le norme processuali interne che conferiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò consentirebbe di rimediare ad una situazione nazionale contrastante col diritto unionale.

Sez. 5, n. 16010/2019, Condello, Rv. 654385-01, ha poi ricordato che, nel processo tributario, le controversie in materia di I.V.A. sono soggette a norme comunitarie imperative la cui applicazione non può essere ostacolata dal carattere vincolante del giudicato nazionale, previsto dall'art. 2909 c.c., e dall'eventuale sua proiezione anche oltre il periodo di imposta che ne costituisce specifico oggetto, ove gli stessi impediscano - secondo quanto stabilito dalla sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009, in causa C-2/08 - la realizzazione del principio di contrasto dell'abuso del diritto, individuato dalla giurisprudenza unionale come strumento teso a garantire la piena applicazione del sistema armonizzato di imposta, sicché il giudicato formatosi in materia di tributi diretti non è preclusivo delle questioni concernenti il diverso rapporto giuridico d'imposta sul valore aggiunto, anche se relativo alla stessa annualità e scaturente dalla medesima indagine di fatto.

Il principio fondamentale dell'Unione del rispetto dei diritti della difesa, di cui il diritto al contraddittorio preventivo è parte integrante, è stato protagonista di due decisioni: secondo **Sez. 5, n. 12095/2019, Triscari, Rv. 653853-01** non costituisce una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni rispondenti ad obiettivi di interesse generale unionale, quale quello di procedere al recupero tempestivo delle entrate proprie, sicché se ne deve escludere la violazione nel caso in cui l'autorità doganale operi la rettifica di un accertamento omettendo la preventiva audizione dell'interessato, qualora la normativa interna - in particolare l'art. 11, comma 7, del d.lgs. n. 374 del 1990 (nel testo previgente alla novella del 2012) - consenta al contribuente di proporre ricorso in via amministrativa contro l'atto impositivo e, pur senza prevedere la sospensione automatica dello stesso, rinvii all'art. 244 del Regolamento (CEE) n. 2913 del 1992, il quale, al comma 2, indica le condizioni e, al successivo comma 3, pone i limiti per la concessione della menzionata sospensione.

Analogamente, per **Sez. 5, n. 02175/2019, Triscari, Rv. 652368-01**, agli avvisi di rettifica in materia doganale precedenti all'entrata in vigore del d.l. n. 1 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 27 del 2012, non si applica l'art. 12, comma 7, della l. n. 212 del 2000, perché, in tale ambito, opera lo "*ius speciale*" di cui all'art. 11 del

d.lgs. n. 374 del 1990, nel testo vigente "*ratione temporis*", preordinato a garantire al contribuente un contraddittorio pieno in un momento anticipato rispetto alla formazione dell'atto definitivo, che può essere impugnato in sede giurisdizionale, non sussistendo violazione né dei principi unionali né degli artt. 3 e 24 Cost., perché il procedimento previsto dall'art. 11 del d.lgs. n. 374 del 1990 tutela il diritto del contribuente al contraddittorio preventivo e, dunque, il suo diritto di difesa endoprocedimentale.

I principi elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di libertà di stabilimento hanno quindi ispirato **Sez. U, n. 14697/2019, Acierno, Rv. 653988-02** che, esaminando la disciplina nazionale restrittiva del gioco lecito, fondata sui principi di proporzionalità e su ragioni imperative d'interesse generale o di ordine pubblico, ha ritenuto compatibili con il diritto dell'Unione le restrizioni del legislatore italiano all'attività d'impresa esercente il gioco lecito mediante apparecchi e congegni elettronici, connessi alla rete telematica pubblica, di cui è previsto l'affidamento in concessione ai sensi dell'articolo 14 *bis*, comma 4, del d.P.R. n. 640 del 1972, in quanto tali restrizioni sono giustificate dalla necessità, per un verso, di tutelare l'ordine pubblico, scongiurando, con un sistema di accesso e controllo pubblico capillare, il fiorire del gioco d'azzardo illecito e, per l'altro, di salvaguardare l'interesse generale al contrasto della ludopatia, consentendo all'autorità statuale, per il tramite del rapporto concessorio, di conservare la titolarità e il controllo del denaro riscosso.

In presenza di un'azione per il pagamento di un finanziamento da parte dello Stato di un progetto a carico del Fondo sociale europeo **Sez. 1, n. 04515/2019, Caiazzo, Rv. 653091-01**, ha invece chiarito che il principio del legittimo affidamento, anche alla stregua della giurisprudenza comunitaria, deve intendersi come affidamento non già, *sic et simpliciter*, nell'operato degli organi nazionali, bensì come affidamento nella regolarità delle procedure destinate ad accertare la compatibilità della concreta concessione dell'aiuto comunitario con le norme (anch'esse comunitarie) che lo prevedano, regolandone il regime, attesa l'assoluta inviolabilità dell'obbligo di sopprimere un aiuto incompatibile con il Trattato (Cass., n. 4353/03); ne consegue che, ponendosi il rispetto delle norme comunitarie come prevalente sulla normativa interna in caso di contrasto, il privato, beneficiario finale del finanziamento, non può, al fine di ottenere la condanna del Ministero al pagamento dell'agevolazione, invocare l'affidamento riposto nella condotta dell'amministrazione stessa.

6.4. L'interpretazione conforme.

Notoriamente l'interpretazione conforme è lo strumento con cui il Giudice nazionale dà immediata attuazione al Trattato garantendo che le norme comunitarie abbiano piena efficacia nella soluzione delle controversie a lui sottoposte, ciò al fine di assicurare il continuo adeguamento del diritto interno agli obiettivi dell'Unione Europea.

L'interpretazione del diritto nazionale spetta esclusivamente ai giudici nazionali che, in presenza di un apparente contrasto di una norma interna con una fonte comunitaria, sono tenuti innanzitutto a procedere alla cd. interpretazione conforme della norma nazionale; si tratta di un vero e proprio obbligo per il giudice nazionale, enunciato per la prima volta nella sentenza della CGUE Von Colson et Kamann, meglio articolato nella sentenza Pfeiffer, ribadito da una costante e consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia. Essa deve essere praticata in via preliminare rispetto al rinvio pregiudiziale, alla disapplicazione, alla rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

L'obbligo di interpretazione conforme trova la sua fonte nel dovere di collaborazione imposto agli Stati membri, e quindi agli organi giurisdizionali, dal Trattato istitutivo: il giudice nazionale è obbligato a dare alla disposizione nazionale un'interpretazione ed un'applicazione conformi alla lettera ed allo scopo del diritto comunitario, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto interno ed utilizzando tutti i metodi di interpretazione consentiti per giungere ad un risultato conforme a quello voluto dall'ordinamento comunitario.

La conformità va verificata non solo rispetto alle norme comunitarie primarie, di diritto derivato, o in genere agli atti produttivi di effetti giuridici vincolanti, ma anche con riguardo alle semplici raccomandazioni; l'obbligo sussiste non solo per le norme interne emanate specificatamente per recepire norme comunitarie, quali le norme di attuazione delle direttive, ma per tutto il diritto nazionale, sia precedente che successivo l'adozione della norma comunitaria di riferimento; il vincolo di interpretazione sorge sin dal momento in cui l'atto comunitario entra in vigore; tanto vale anche per le direttive, sebbene non sia decorso il termine fissato per la sua attuazione, in quanto i giudici nazionali “devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito” da una direttiva.

Onde evitare che il giudice si trasformi in un sostituto del legislatore, la stessa Corte di Giustizia già nella sentenza Von Colson et Kamann limitava l'obbligo del giudice nazionale ai “ casi in cui il diritto nazionale gli attribuisce un margine discrezionale”; successivamente ha più volte chiarito che “tuttavia l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale “.

I limiti dell'interpretazione conforme sono quelli interni, comuni alle interpretazioni correttive, nel senso che la stessa è possibile solo se il testo della norma nazionale lasci all'intervento ermeneutico un margine di discrezionalità, laddove cioè al giudice sia concesso uno spazio valutativo da utilizzare in favore del diritto comunitario, e quelli esterni, nel senso che la stessa è possibile solo se sia chiaro cosa la norma comunitaria pretenda dallo Stato membro.

La Suprema Corte ha fatto da sempre un sapiente uso dell'istituto, a volte anche forzandone l'utilizzo nello sforzo costruttivo di risolvere, limitatamente alle singole fattispecie esaminate, pericolose antinomie.

Proseguendo la linea di interpretazioni conformative del diritto nazionale a quello eurounitario, si consolida così l'orientamento già espresso da Sez. L, n. 06798/2018, Spena, Rv. 647606-01 e 647606-02, secondo cui l'obbligo del giudice nazionale di offrire una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi di una direttiva opera anche prima del suo concreto recepimento e della sua attuazione, senza che assuma rilievo ostativo il fatto che la fattispecie oggetto di causa si collochi in epoca anteriore alla normativa di recepimento della direttiva.

Si è così ribadito da **Sez. L, n. 13649/2019, Ponterio, Rv. 653966-02** che in tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una condizione di "*handicap*", sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro ai fini della legittimità del recesso, pur in riferimento a fattispecie sottratte *ratione temporis* alla applicazione dell'art. 3, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003, di recepimento dell'art. 5 della direttiva n. 78/2000/CE del 27 novembre 2000, sulla parità di trattamento in materia di occupazione.

La Corte, procedendo alla ricostruzione del contesto normativo, interno e sovranazionale, ha quindi concluso che la nozione di disabilità, anche ai fini della

tutela in materia di licenziamento, deve essere costruita in conformità al contenuto della direttiva, come interpretata dalla Corte di Giustizia, quindi quale "limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale sulla base di uguaglianza con gli altri lavoratori"; nello stesso senso anche **Sez. L, n. 29289/2019, Blasutto, Rv. 655853-01.**

Quale esempio di utilizzo di tutte le norme del diritto interno per giungere ad un risultato conforme a quello voluto dall'ordinamento comunitario, si segnala **Sez. 5, n. 16001/2019, Fracanzani, Rv. 654160-01**, che, in tema di rimborso di imposte, stante l'assenza di norme che fissino espressamente termini di prescrizione o di decadenza per l'accertamento dell'infondatezza della relativa domanda, ed esclusa l'estensione analogica della disciplina dell'art. 43 del d.P.R. n. 602 del 1973, dettato per ipotesi diversa da quella scrutinata che riguardava un'istanza proposta da cittadino straniero, in conformità con l'interpretazione della Corte di giustizia UE (sentenza 11 giugno 2009, C-155/08 e C-157/08), ha ritenuto che la previsione di termini di accertamento più lunghi per i redditi prodotti all'estero, rispetto a quelli di provenienza nazionale, è conforme al diritto comunitario, giustificandosi in ragione della prevalenza dell'interesse all'integrità delle entrate tributarie nazionali e della necessità di contrastare frodi fiscali, rispetto alle libertà unionali di prestazione di servizi e di circolazione delle merci, ed ha ritenuto applicabile la disciplina generale di cui all'art. 2946 c.c., che prevede la prescrizione decennale.

In tema di diritti di prelievo sulle importazioni, **Sez. 5, n. 06085/2019, Fuochi Tinarelli, Rv. 653034-01**, al fine di escludere una violazione del principio di libera circolazione delle merci di cui agli artt. 28 e 30 TFUE ha interpretato la locuzione "introdotti dall'estero" di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 762 del 1973 ai fini dell'assoggettamento al diritto speciale, previsto per il territorio extradoganale del Comune di Livigno, di prodotti di origine unionale, ancorché transitati attraverso la Svizzera, come riferita esclusivamente alle importazioni provenienti da paesi terzi rispetto agli Stati membri dell'Unione europea

In presenza di un onere pecuniario sulle merci, che, non corrispondendo al corrispettivo di alcun servizio per l'importazione, è previsto per il solo fatto che esse attraversano una frontiera, l'imposizione si traduce, a tutti gli effetti, in una tassa di effetto equivalente a un dazio doganale, sicché per il principio di libera circolazione delle merci assume rilievo che i prodotti siano originari degli Stati membri, mentre è influente che il transito dallo Stato membro a Livigno sia avvenuto attraversando anche il territorio svizzero.

La normativa comunitaria costituisce invece in altre occasioni un elemento meramente confermativo di una data interpretazione del diritto interno.

Ecco dunque che **Sez. 5, n. 24297/2019, D'Orazio, Rv. 655403-01**, interpretando in conformità all'art. 3 della direttiva Consiglio 2003/49/CE, l'art. 26-*quater*, comma 1, del d.P.R. n. 601 del 1973, secondo cui l'esenzione dalle imposte sugli interessi e sui canoni corrisposti a soggetti residenti in Stati membri dell'Unione europea, ha ritenuto che la detenzione, da parte della società che riceve il pagamento dei canoni o interessi, del 25% dei diritti di voto nella società che effettua il pagamento deve essere diretta e non anche indiretta.

Sempre in materia tributaria, **Sez. 5, n. 09453/2019, Guida, Rv. 653363-01**, in conformità all'art. 273 della direttiva 2006/112/Cee, che impone agli Stati membri di assicurare l'integrale riscossione del tributo armonizzato e l'efficacia della lotta contro l'evasione, ha affermato che la riformulazione dell'art. 54, comma 3, del d.P.R. n. 633 del 1972 ad opera della l. n. 88 del 2009 (comunitaria 2008) ha eliminato in tema di accertamento dell'IVA, con effetto retroattivo, stante la finalità di adeguamento al diritto unionale, la stima basata sul valore normale nelle transazioni immobiliari, sicché la prova dell'esistenza di attività non dichiarate, derivanti da cessioni di immobili, può essere desunta anche sulla base di presunzioni semplici, purché gravi, precise e concordanti, secondo gli ordinari criteri di accertamento induttivo.

In tema di rimborsi IVA, per **Sez. 5, n. 11418/2019, Cataldi, Rv. 653943-01** la sospensione della decorrenza degli interessi, ai sensi dell'art. 38-*bis* del d.P.R. n. 633 del 1972, nel periodo tra la data di notifica della richiesta di documenti da parte dell'Amministrazione finanziaria e quella della consegna degli stessi da parte del contribuente, quando tale periodo superi i quindici giorni, non si pone in contrasto con il principio, affermato nella giurisprudenza unionale, per il quale l'art. 183 della direttiva 2006/112/CE, letto alla luce del principio di neutralità fiscale, non consente di ridurre gli interessi, e quindi l'effettività del rimborso, in danno del contribuente, per cause non imputabili allo stesso.

In tema di somministrazione di lavoro **Sez. L, n. 21390/2019, Lorito, Rv. 655002-01**, interpretando l'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, tenuto conto della differente disciplina prevista dalla direttiva n. 2008/104/CE per il lavoro tramite agenzia interinale rispetto a quella stabilita dalla direttiva n. 1999/70 CE sul lavoro a termine, quale espressione di una discontinuità nel percorso di progressiva equiparazione funzionale dei due istituti, ha escluso che per la proroga del termine inizialmente posto al contratto di lavoro con il consenso del lavoratore e con atto

scritto nelle ipotesi e per la durata prevista dalla contrattazione collettiva applicata dal somministratore, si applichi in via analogica l'art. 4 del d.lgs. n. 368 del 2001, che postula la sussistenza di causali oggettive ed il riferimento alla stessa attività lavorativa per la quale è stato stipulato il contratto a tempo determinato.

Per **Sez. L, n. 08922/2019, Patti, Rv. 653220-01**, l'interpretazione dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, nel senso che nel caso di successione di un imprenditore ad un altro in un appalto di servizi non esiste un diritto dei lavoratori licenziati dall'appaltatore cessato al trasferimento automatico all'impresa subentrante, ma occorre accertare in concreto che vi sia stato un trasferimento di azienda, ai sensi dell'art. 2112 c.c., mediante il passaggio di beni di non trascurabile entità, nella loro funzione unitaria e strumentale all'attività di impresa, o almeno del "*know how*" o di altri caratteri idonei a conferire autonomia operativa ad un gruppo di dipendenti, non si pone in contrasto con la giurisprudenza eurounitaria che consente, ma non impone, di estendere l'ambito di protezione dei lavoratori di cui alla direttiva n. 2001/23/CE ad ipotesi ulteriori rispetto a quella del trasferimento di azienda.

Interessante anche **Sez. 6-3, n. 14475/2019, Iannello, Rv. 654223-01**, che, in materia di opposizione ad ingiunzione fiscale, ha ritenuto che la competenza territoriale del giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento opposto, pure avendo carattere inderogabile, è destinata a cedere di fronte all'esclusività del foro del consumatore, in quanto una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto sia con l'art. 4 della direttiva del Consiglio 1993/13/CEE, come modificata dalla direttiva 2011/83 UE, sia con l'art. 54, comma 4, lett. d), della l. n. 69 del 2009 che, nel conferire al governo la delega legislativa per la semplificazione di alcuni riti, tra cui quello dell'opposizione ad ingiunzione fiscale, ha voluto che fossero tenute ferme le disposizioni processuali contenute nel codice del consumo.

6.5. La disapplicazione.

Il potere di disapplicazione della norma interna incompatibile, massima espressione del principio del primato, è riconosciuto ai giudici nazionali quale strumento principale per la risoluzione dei conflitti tra norma nazionale e norma comunitaria dotata di efficacia diretta.

A partire dalla storica sentenza *Simmenthal* la Corte di giustizia europea afferma che “il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena

efficacia di tali norme , disapplicando all'occorrenza di propria iniziativa qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale , anche posteriore, senza doverne chiedere od attendere la rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”.

La disapplicazione, o anche la non applicazione, secondo la definizione più cara alla Corte costituzionale, si differenzia dall'abrogazione in quanto è un modo di risoluzione delle antinomie normative che presuppone la contemporanea vigenza delle norme contrastanti, senza alcun effetto sull'esistenza delle stesse che non si estinguono né si modificano; secondo una costante giurisprudenza della Corte di giustizia l'eliminazione dell'incompatibilità di una normativa nazionale con le disposizioni del diritto dell'Unione direttamente applicabili costituisce un vero e proprio obbligo, che se violato viene sanzionato nell'ambito delle procedure di infrazione.

Sebbene prima di procedere alla disapplicazione costituisca una mera facoltà per il giudice nazionale, e non un obbligo, salvo che per gli organi di ultima istanza in presenza di un dubbio interpretativo, quello di ricorrere preventivamente al rinvio pregiudiziale, la quasi totalità delle decisioni che ne professano apertamente l'utilizzo hanno ad oggetto questioni manifestamente identiche ad altre già affrontate o la cui risposta sia desumibile da una giurisprudenza costante della CGUE (cd. teoria dell'*acte éclairé*)

Nell'ambito del vasto contenzioso relativo alla legittimità della reiterazione dei contratti a termine nel settore scolastico, che è stata oggetto di plurime pronunce della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale, la Corte di cassazione è stata chiamata da ultimo a pronunciarsi sulla conformità al diritto dell'Unione della disciplina interna relativa alla ricostruzione della carriera del personale docente ed amministrativo della scuola, nei casi in cui l'immissione in ruolo sia stata preceduta da rapporti a termine.

Nel risolvere tale questione ha dunque fatto un sapiente uso della disapplicazione, confrontando le norme nazionali di volta in volta applicabili con la clausola 4 dell'Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE, che esclude in generale ed in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, ed avendo carattere incondizionato può essere fatta valere dal singolo dinanzi al giudice nazionale, che ha l'obbligo di applicare il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (solo

da ultimo sul punto Corte di Giustizia 20.6.2019, causa C- 72/18 Ustariz Arostegui; 11.4.2019, causa C- 29/18, Cobra Servicios Auxiliares; 21.11.2018, causa C- 619/17, De Diego Porras; 5.6.2018, causa C - 677/16, Montero Mateos; 20.9.2018, in causa C-466/17, Motter)

Rinviando alle singole decisioni per l'approfondimento del procedimento seguito per": a) determinare il trattamento spettante al preteso "discriminato"; b) individuare il trattamento riservato al lavoratore comparabile; c) accertare se l'eventuale disparità sia giustificata da una ragione obiettiva", **Sez. L, n. 31149/2019, Di Paolantonio, Rv. 655985-01** ha concluso, in tema di riconoscimento dell'anzianità di servizio dei docenti a tempo determinato poi definitivamente immessi nei ruoli dell'amministrazione scolastica, per la disapplicazione dell'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994, per contrasto con la suindicata clausola 4, nei casi in cui l'anzianità risultante dall'applicazione dei criteri dallo stesso indicati, unitamente a quello fissato dall'art. 489 dello stesso decreto, come integrato dall'art. 11, comma 14, della l. n. 124 del 1999, risulti essere inferiore a quella riconoscibile al docente comparabile assunto "*ab origine*" a tempo indeterminato, indicando anche al giudice del merito, i criteri per accertare la sussistenza di tale discriminazione e quindi, in caso di disapplicazione, computare l'anzianità da riconoscere ad ogni effetto al docente assunto a tempo determinato, mentre **Sez. L, n. 31150/2019, Di Paolantonio, Rv. 655986-01**, in tema di riconoscimento dei servizi pre-ruolo del personale amministrativo tecnico ed ausiliario della scuola, per gli stessi motivi ha deciso per la disapplicazione dell'art. 569 del d.lgs. n. 297 del 1994, nella parte in cui prevede che il servizio effettivo prestato, calcolato ai sensi dell'art. 570 dello stesso decreto, sia utile integralmente ai fini giuridici ed economici solo limitatamente al primo triennio, mentre per la quota residua rilevi, ai soli fini economici, nei limiti dei due terzi e non per l'intero servizio effettivo prestato.

Per **Sez. 5, n. 01830/2019, Fuochi Tinarelli, Rv. 652460-02**, in tema di sanzioni amministrative tributarie, deve essere invece disapplicato, per contrasto con il diritto unionale, l'art. 6, comma 6, del d.lgs. n. 471 del 1997, laddove stabilisce l'entità della sanzione per illegittima detrazione d'imposta nella misura pari allo stesso ammontare della detrazione (illegittimamente) compiuta, senza prevedere la possibilità di adeguarla alle circostanze specifiche di ogni singolo caso, dovendosi di contro prevedere la possibilità di elevare progressivamente l'entità della sanzione, alla stregua dei principi affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, in tema di proporzionalità delle sanzioni irrogate in tema d'imposta sul valore aggiunto.

In tema di accise sul consumo di energia elettrica, è stato ritenuto da **Sez. 5, n. 15198/2019, D'Aquino, Rv. 654134-01** e da **Sez. 5, n. 27101/2019, Nonno, Rv.**

655544-01, che le addizionali provinciali debbono rispondere ad una o più finalità specifiche previste dall'art. 1, par. 2, della direttiva 2008/118/CE, come interpretata dalla Corte di giustizia UE, dovendosi evitare che le imposizioni indirette, aggiuntive rispetto alle accise armonizzate, ostacolino indebitamente gli scambi, e che pertanto, va disapplicata, per contrasto col diritto unionale, la disciplina interna di cui all'art. 6, comma 2, del d.l. n. 511 del 1988, conv. dalla l. n. 20 del 1989, avente come finalità una mera esigenza di bilancio degli enti locali, con conseguente non debenza delle addizionali medesime.

Con una interessante pronuncia **Sez. 5, n. 05956/2019, Succio, Rv. 652967-01** ha chiarito che nell'ipotesi in cui un'accisa sia stata pagata sulla base di una norma interna successivamente dichiarata in contrasto con una direttiva europea da una sentenza della Corte di giustizia, il termine di decadenza per l'esercizio del diritto al rimborso decorre dalla data del versamento dell'imposta e non da quella, successiva, in cui è intervenuta la pronuncia, purché detta direttiva, benché non tempestivamente trasposta nell'ordinamento italiano, sia qualificabile come "*self executing*".

Nella specie il contribuente italiano, in esecuzione di una norma interna, il d.lgs. n. 504 del 1995, art. 62, comma 1, aveva effettuato il versamento relativo ad una imposta ritenuta contrastante con l'art. 14, n. 1 lett. A) della direttiva 2003/96, disposizione evidentemente "*self executing*"

Evidenzia la Corte come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia più volte affermato che l'indebito pagamento di un tributo illegittimo, e quindi da disapplicare per effetto della sua contrarietà al diritto dell'unione europea, determina il diritto del contribuente al rimborso, che è soggetto agli stessi termini di decadenza previsti dall'ordinamento interno per la ripetizione dell'indebito tributario, anche prima che alla direttiva stessa venga data attuazione nello Stato italiano, purché essa direttiva sia incondizionata e precisa e sia trascorso un tempo ragionevole dalla sua emanazione; in tale ipotesi, infatti, il giudice nazionale ha il potere-dovere di disapplicare la norma interna e riconoscere la fondatezza della pretesa di rimborso anche se il legislatore nazionale abbia emanato norme incompatibili con la direttiva.

Premesso che in tema di sanzioni amministrative per violazioni di norme tributarie, sussiste incertezza normativa oggettiva, causa di esenzione del contribuente dalla responsabilità amministrativa tributaria ai sensi dell'art. 10 della l. n. 212 del 2000 e dell'art. 8 del d.lgs. n. 546 del 1992, quando è ravvisabile una condizione di inevitabile incertezza su contenuto, oggetto e destinatari della norma tributaria, riferita, non già ad un generico contribuente, né a quei contribuenti che,

per loro perizia professionale, siano capaci di interpretazione normativa qualificata e neppure all'Ufficio finanziario, ma al giudice, unico soggetto dell'ordinamento cui è attribuito il potere-dovere di accertare la ragionevolezza di una determinata interpretazione, **Sez. 5, n. 03108/2019, Fuochi Tinarelli, Rv. 652716-01**, ha escluso che in giurisprudenza vi fossero dubbi interpretativi sulla debenza dell'imposta prevista dall'art. 62 del d.lgs. n. 504 del 1992, in relazione all'acquisto, nel 2004, di oli lubrificanti per uso diverso da quello di carburante o di combustibile, in quanto tale norma, rimasta sempre vigente, era pacificamente da disapplicare perché in contrasto con le Direttive 92/81/CEE e 92/82/CEE fino al 31 dicembre 2003, mentre è divenuta compatibile con il diritto dell'Unione europea a partire dal 1° gennaio 2004, a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva 2003/96/CE).

Posto che l'art. 6, comma 2, della direttiva 2008/104/CE - di ostacolo o impedimento alla "stipulazione di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione", non è norma autoapplicativa, e la direttiva suindicata si rivolge unicamente agli Stati membri, senza imporre alle autorità giudiziarie nazionali un obbligo di disapplicazione di qualsiasi disposizione di diritto nazionale che preveda, al riguardo, divieti o restrizioni che non siano giustificati da ragioni di interesse generale, **Sez. L, n. 24356/2019, Blasutto, Rv. 655068-01**, ha infine escluso che in tema di successione di contratti di lavoro a tempo determinato in somministrazione, la regola per cui l'impugnazione stragiudiziale dell'ultimo contratto della serie non si estende ai contratti precedenti, neppure ove tra un contratto e l'altro sia decorso un termine inferiore a quello di sessanta giorni utile per l'impugnativa, si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione.

6.6. L'attuazione del diritto dell'Unione.

Numerose poi le pronunce emesse in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per le quali ci si limita ad un richiamo, rinviando per gli approfondimenti ai rispettivi settori tematici della rassegna.

Sul piano processuale si segnala **Sez. 5, n. 25278/2019, D'Aquino, Rv. 655533-01**, secondo cui nel giudizio di legittimità il ricorso incidentale deve essere trattato preliminarmente rispetto a quello principale allorché attenga allo "*ius superveniens*" costituito da una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha efficacia immediata nell'ordinamento nazionale, purché non siano necessari nuovi accertamenti di fatto, e valenza retroattiva, salvo il limite dei rapporti esauriti

In tema di immigrazione e protezione internazionale dello straniero: Sez. 1, n. 27077/2019, Rossetti, Rv. 655648-01; Sez. 6-1, n. 18306/2019, Sambito, Rv. 654719-01; Sez. 6-1, n. 09090/2019, Sambito, Rv. 653697-01; Sez. 1, n. 07829/2019, Valitutti, Rv. 653231-02; Sez. 1, n. 17289/2019, Rossetti, Rv. 654421-01; Sez. 1, n. 07842/2019, Amatore, Rv. 653232-01; Sez. 1, n. 0781/2019 Lamorgese, Rv. 652401-01

In tema di aiuti di Stato: Sez. 1, n. 03871/2019, Pazzi, Rv. 652557-01; Sez. 1, n. 24040/2019, Mercolino, Rv. 655306-04; Sez. 1 n. 04860/2019, Terrusi, Rv. 652806-01; Sez. 5, n. 10686/2019, Cataldi, Rv. 653658-01; Sez. L, n. 22008 /2019, Ghinoy, Rv. 655011-01; Sez. 6-5, n. 11138/2019, Dell'Orfano, Rv. 653684-01

Per la materia tributaria: -Sez. 5, n. 19975/2019, Triscari, Rv. 654700-01; Sez. 5, n. 06138/2019, Fuochi Tinarelli, Rv. 653038-01; Sez. 5, n. 07945/2019, Catallozzi, Rv. 653169-01, in tema di imposta al consumo; -Sez. 5, n. 19158/2019, Catallozzi, Rv. 654520-01; Sez. 5, n. 25492/2019, Perrino, Rv. 655535-01, in tema di IVA -Sez. 5, n. 14990/2019, Nocella, Rv. 654011-01; Sez. 5, n. 11064/2019, Nocella, Rv. 653546-01; Sez. 5, n. 28335/2019 Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 655894-02; Sez. 5, n. 22647/2019, Triscari, Rv. 655069-01; Sez. 5, n. 03739/2019, Nonno, Rv. 652505-01; Sez. 5, n. 07770/2019, Manzon, Rv. 653327-01, in tema di dazi doganali; -Sez. 5, n. 02017/2019, Castorina, Rv. 652210-01, in tema di imposta di registro; -Sez. 5, n. 10706/2019, D'Orazio, Rv. 653542-01, in tema di doppia imposizione internazionale.

Sul diritto d'autore: Sez. 1, n. 12847/2019, Iofrida, Rv. 654248-01; sull'efficacia della sentenza straniera: Sez. 1, n. 13412/2019, Nazzicone, Rv. 654257-01.

In tema di finanziamenti: Sez. 1, n. 06525/2019, Scotti, Rv. 653105-01; Sez. 3, n. 27994/2019, Di Florio, Rv. 655577-01; in tema di concorrenza: Sez. 1, n. 21401/2019, Falabella, Rv. 655297-02; in tema di marchi DOP: Sez. 1, n. 27194/2019, Valitutti, Rv. 655770-02.

Per la materia lavoristica: -Sez. L, n. 30416/2019, Raimondi, Rv. 655868-01, in tema rapporto di lavoro con società estera; -Sez. L, n. 03473/2019, Rv. 652913-01, in tema di anzianità per servizi pre-ruolo; -Sez. L, n. 16835/2019, Curcio, Rv. 654360-02; Sez. L, n. 06679/2019, Piccone, Rv. 653197-01; Sez. L, n. 20918/2019, Di Paolantonio, Rv. 654798-01; Sez. L, n. 30573/2019, Tria, Rv. 655876-01, in tema di rapporti a tempo determinato; -Sez. L, n. 13425/2019, Marchese, Rv. 653840-01, in tema di retribuzione durante le ferie; -Sez. L, n. 03804/2019, Blasutto, Rv. 652908-01, in tema di rapporti a tempo parziale; -Sez.

L, n. 26027/2019, Berrino, Rv. 655394-01, in tema di sgravi contributivi ; -**Sez. L, n. 26963/2019, Arienzo, Rv. 655516-01**, in tema di orario di lavoro.

In tema di giurisdizione: **Sez. U, n. 07620/2019, Crucitti, Rv. 653432-01**; **Sez. U, n. 17566/2019, Di Virgilio, Rv. 654416-01**; in tema di competenza: **Sez. U, n. 15748/2019, Conti, Rv. 654576-01**.

Infine in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per inadempimento comunitario: **Sez. 3, n. 30502/2019, Cricenti, Rv. 655837-01**; **Sez. 6-3, n. 16452/2019, Tatangelo, Rv. 654419-01**; **Sez. 3, n. 20095/2019, Cirillo, Rv. 654778-01**; **Sez. 6-3, n. 16633/2019, Tatangelo, Rv. 654321-01**; **Sez. 3, n. 20303/2019, Rossetti, Rv. 654780-01**; **Sez. 3, n. 20099/2019, Dell’Utri, Rv. 655029-01**; **Sez. 3 n. 05509/2019, Porreca, Rv. 652993-01**; **Sez. 3, n. 19742/2019, Tatangelo, Rv. 654867-01**.

II) L'APPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CASSAZIONE CIVILE

(DI GIANLUCA GRASSO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisprudenza costituzionale sul diritto dell'Unione e sulle norme della CEDU. - 2.1. Il fondamento della diretta applicazione del diritto dell'Unione. - 2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano e i poteri del giudice nazionale comune. Il sindacato della Corte costituzionale. - 2.2.1. Il "diritto consolidato" e la "sentenza pilota": i vincoli derivanti dall'interpretazione della Corte di Strasburgo. - 2.2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: persistenza del rilievo delle norme della CEDU quali "norme interposte" ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost. - 3. La giurisprudenza della Cassazione civile. Casistica relativa all'applicazione delle norme della CEDU. - 3.1. Diritto a un equo processo e accesso alla tutela giurisdizionale. - 3.2. Il diritto di famiglia. - 3.3. Il cittadino straniero. - 3.4. Le sanzioni amministrative. - 3.5. Il diritto tributario. - 3.6. La materia previdenziale e fallimentare.

1. Premessa.

Questo contributo affronta il tema dell'inquadramento delle norme della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) nell'ambito delle fonti interne, alla luce della giurisprudenza costituzionale, presentando una casistica delle decisioni assunte in materia dalla Corte di cassazione civile.

2. La giurisprudenza costituzionale sul diritto dell'Unione e sulle norme della CEDU.

La collocazione nel sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea e delle norme della CEDU e dei suoi protocolli è stata definita con chiarezza dalla Corte costituzionale.

2.1. Il fondamento della diretta applicazione del diritto dell'Unione.

La diretta applicazione del diritto dell'Unione nel nostro ordinamento trova il suo fondamento nell'art. 11 Cost., la cui seconda parte stabilisce che l'Italia «*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*». Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia, cedendo parte della sua sovranità, è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sovranazionale. Tale cessione ha riguardato anche il potere legislativo nelle materie oggetto dei Trattati, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

In ragione della peculiarità del diritto dell'Unione, il contrasto tra norme statali e disciplina UE non dà luogo all'invalidità o all'illegittimità delle norme interne, ma comporta, qualora non sia possibile un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione delle norme nazionali incompatibili, la loro disapplicazione o non applicazione al caso concreto. È questo l'orientamento costante della Corte costituzionale a partire dalla sentenza 8 giugno 1984, n. 170, per cui le norme comunitarie provviste di efficacia diretta precludono al giudice comune l'applicazione di contrastanti disposizioni del diritto interno, quando egli non abbia dubbi in ordine all'esistenza del conflitto. La non applicazione deve essere evitata solo quando venga in rilievo il limite, sindacabile unicamente dalla stessa Corte costituzionale, del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o dei diritti inalienabili della persona, nel cui ambito resta ferma la possibilità del controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (Corte cost. 13 luglio 2007, n. 28).

La Corte costituzionale ha così superato l'indirizzo originario in base al quale le norme comunitarie abrogavano le norme statali incompatibili preesistenti, mentre dovevano essere oggetto di rimessione alla Corte quelle sopravvenute per violazione dell'art. 11 Cost. (Corte cost. 30 ottobre 1975, n. 232). Secondo l'orientamento successivo (a partire da Corte cost. n. 170 del 1984), l'effetto connesso alla vigenza della norma comunitaria è quello *«non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale»*.

Tali principi sono stati riferiti dalla Corte costituzionale, nella pronuncia n. 170 del 1984, ai regolamenti comunitari, quali fonti immediatamente applicabili, e la giurisprudenza successiva ha riconosciuto la "diretta applicabilità" anche alle sentenze interpretative della Corte di giustizia (Corte cost. 19 aprile 1985, n. 113 ai sensi dell'art. 177 del Trattato, ora art. 267 TFUE), alle norme comunitarie interpretate in pronunce rese dalla Corte di giustizia in sede contenziosa ai sensi dell'art. 169 del Trattato (ora art. 258 TFUE) (Corte cost. 11 luglio 1989, n. 389), alle direttive munite d'efficacia diretta, nei limiti indicati dalla Corte di giustizia (Corte cost. 18 aprile 1991 n. 168 con riferimento alle disposizioni incondizionate e sufficientemente precise, attributive di un diritto riconosciuto al cittadino, azionabile nei confronti dello Stato inadempiente, secondo quanto precisato dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker*).

2.2. L'inquadramento delle norme della CEDU tra le fonti del diritto italiano e i poteri del giudice nazionale comune. Il sindacato della Corte costituzionale.

Il sistema convenzionale, derivante dalla CEDU, è caratterizzato dalla presenza di un trattato internazionale multilaterale che, sia pur peculiare, non ha dato luogo a un ordinamento giuridico sovranazionale, dai cui organi deliberativi possano derivare norme vincolanti per le autorità interne degli Stati membri.

Nella lettura fatta propria dalla Corte costituzionale a partire dalle sentenze 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349, le norme della CEDU non ricevono copertura costituzionale dall'art. 11 Cost. - che riguarda il diritto sovranazionale dell'Unione europea, le cui norme primarie dotate di efficacia diretta devono avere efficacia obbligatoria in tutti gli Stati membri senza la necessità di leggi di ricezione e di adattamento - ma dall'art. 117 Cost., come modificato dall'art. 2 l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, che enuncia gli obblighi dello Stato e delle Regioni derivanti dal diritto internazionale pattizio. In base all'art. 117, comma 1, Cost. non può attribuirsi rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento (legge 4 agosto 1955 n. 848, che ha disposto la ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), derivando da tale previsione l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le norme poste dai trattati e dalle convenzioni internazionali: tra queste figurano quelle contenute nella CEDU.

Secondo la Corte costituzionale, diversamente da quanto avviene con il diritto dell'Unione, il giudice nazionale non può disapplicare direttamente la norma interna contrastante con le disposizioni della CEDU (Corte cost. n. 348 e n. 349 del 2007. Nello stesso senso, tra le altre, Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303; 22 luglio 2011, n. 236; 7 aprile 2011, n. 113; 11 marzo 2011, n. 80; 5 gennaio 2011, n. 1; 28 maggio 2010, n. 187; 15 aprile 2010, n. 138; 12 marzo 2010, n. 93; 4 dicembre 2009 n. 317; 26 novembre 2009, n. 311; 27 febbraio 2008, n. 39).

La CEDU - secondo la Corte costituzionale - in considerazione del suo contenuto, presenta una portata sub-costituzionale, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della Convenzione e dunque con gli «obblighi internazionali» di cui all'art. 117, comma 1, Cost. viola quest'ultimo parametro. In questo modo si determina un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, che dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali evocati dall'art. 117 e, con essi, al parametro stesso. Essendo l'uniformità dell'applicazione della CEDU garantita dall'interpretazione attribuita alla Corte EDU - alla quale questa competenza è stata espressamente riconosciuta dagli Stati

contraenti - il giudizio di costituzionalità sulla norma interna dovrà riguardare la disposizione della Convenzione così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Pertanto, il giudice nazionale comune, a fronte di un possibile contrasto tra la norma interna e quella della CEDU, deve cercare di risolvere l'antinomia mediante un'interpretazione conforme della norma interna alla Convenzione, secondo la lettura offertane dalla Corte di Strasburgo. Nel far questo, il giudice nazionale deve spingersi fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni messe a confronto, avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. L'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza (Corte cost. n. 311 del 2009).

Qualora tale risultato non sia conseguibile in via interpretativa nei limiti indicati, ovvero il giudice dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", nell'ipotesi in cui vi sia un contrasto tra le due disposizioni, egli deve verificare se la norma contenuta nella CEDU sia conforme alla Costituzione.

Se la norma della CEDU rispetta la Costituzione, il giudice nazionale non può far altro che sollevare la questione di legittimità della norma interna con riferimento all'art. 117 Cost. e della norma o delle norme CEDU interposte, ovvero anche dell'art. 10, comma 1, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta (Corte cost. n. 311 del 2009).

In tal caso, la Corte costituzionale dovrà accertare la sussistenza del denunciato contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana, appurando la compatibilità della norma CEDU con le pertinenti norme della Costituzione (Corte cost. n. 311 del 2009). Il verificarsi di un conflitto con altre norme della nostra Costituzione - da ritenersi eccezionale - esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità a integrare il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., determinando l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007).

In caso di accertato contrasto della norma interna con quella della CEDU, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla norma convenzionale invocata.

È questo il meccanismo individuato dalla Corte costituzionale per realizzare un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi

internazionali e quella di evitare che ciò possa comportare una lesione della Costituzione stessa.

2.2.1. Il “diritto consolidato” e la “sentenza pilota”: i vincoli derivanti dall’interpretazione della Corte di Strasburgo.

La Corte costituzionale (sentenza 26 marzo 2015, n. 49) ha precisato a quali condizioni la giurisprudenza della Corte EDU - la cui interpretazione è fondamentale per definire l'esatto contenuto delle norme della Convenzione - vincoli il giudice nazionale, allo scopo di evitare un uso arbitrario e selettivo dei precedenti. La ricerca di questi ultimi è senz'altro più complessa di quella che si può effettuare per le decisioni della Corte di giustizia, di regola ufficialmente tradotte in tutte le lingue dell'Unione europea e presenti in un *data base* di agevole accessibilità, dove per la giurisprudenza di Strasburgo si prevedono due sole lingue ufficiali, il francese e l'inglese, mentre le traduzioni in lingua italiana delle principali decisioni vengono curate dal nostro Ministero della giustizia.

Alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la «parola ultima» (sentenza n. 349 del 2007) in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, secondo quanto le parti contraenti hanno stabilito in forza dell'art. 32 della CEDU.

Tuttavia, secondo la Corte costituzionale, questo meccanismo non ha spogliato il giudice nazionale della funzione interpretativa che gli compete, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost., in quanto soggetto soltanto alla legge (in senso conforme Corte cost. 11 maggio 2017, n. 109; 7 aprile 2017, n. 68; 16 dicembre 2016, n. 276; 9 febbraio 2016 n. 36). Tale regola vale anche per le norme emergenti dalla giurisprudenza della CEDU, che entrano nell'ordinamento giuridico nazionale grazie a una legge ordinaria di adattamento e sono recate da sentenze meramente dichiarative e non esecutive (cfr. art. 46 Convenzione EDU).

Al di là dei casi in cui il giudice comune torni a occuparsi della richiesta di cessazione degli effetti lesivi della violazione accertata dalla Corte di Strasburgo (Corte cost. 18 luglio 2013, n. 210; Corte cost. n. 113 del 2011), l'interpretazione offerta dalla Corte EDU vincola il giudice nazionale soltanto in quanto espressiva di un “diritto consolidato”, mentre nessun obbligo esiste a fronte di pronunce che non siano il frutto di un orientamento divenuto definitivo (Corte cost. n. 49 del 2015, che ribadisce e precisa quanto affermato dalle sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009 secondo cui il giudice comune è tenuto a uniformarsi alla «*giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente*», «*in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza*», fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (Corte cost. 6 gennaio 2012, n. 15 e n. 317 del 2009).

Sul punto, la Corte costituzionale (Corte cost. n. 49 del 2015) evidenzia che il riferimento al “diritto consolidato” risponde alle modalità organizzative della Corte di Strasburgo, che consente opinioni dissenzienti e prevede un meccanismo idoneo a risolvere il contrasto tra singole sezioni, quale la rimessione alla Grande Camera (la nozione stessa di “giurisprudenza consolidata” trova riconoscimento nell’art. 28 della CEDU con riferimento al potere del comitato investito di un ricorso individuale ai sensi dell’art. 34 di dichiararlo, con voto unanime, ricevibile e pronunciare congiuntamente sentenza sul merito, solo quando tale “giurisprudenza consolidata” sussista e vada applicata). La formazione del diritto giurisprudenziale della CEDU riveste quindi un carattere progressivo (e la Grande Camera, nel caso previsto dall’art. 30 CEDU, può essere chiamata a prevenire contrasti, sulla non opposizione delle parti, requisito questo dell’accordo tacito che secondo il protocollo n. 15 - non in vigore e non ratificato dall’Italia - potrebbe essere sostituito da un potere d’ufficio).

La Corte costituzionale, al riguardo, sottolinea che non è sempre di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all’impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano.

Si richiamano, a tal fine, alcuni indici idonei a orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

In presenza di tutti o alcuni di questi indizi, secondo la Corte costituzionale, in base a un giudizio che non può peraltro prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una certa controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto, secondo la procedura oggi definita nell’art. 61 del regolamento della Corte, non potendosi attribuire tale valenza in via interpretativa da parte del giudice nazionale. Il procedimento della “sentenza pilota”, di origine giurisprudenziale, è codificato nell’art. 61 del regolamento e può essere adottato nei confronti di una parte

contraente in presenza di una grave disfunzione, quale un problema strutturale o sistemico che potrebbe dar luogo alla rappresentazione di ricorsi analoghi, ma la cui efficacia *ultra partes* verso Stati terzi non è espressamente disciplinata e risulta negata da Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2014, n. 46067). La “sentenza pilota” è infatti adottata avendo riguardo alle specificità di un determinato ordinamento, che è quindi il solo chiamato a prendere le misure riparatorie in applicazione del suo dispositivo.

Ad aiutare il giudice nel suo compito potrà soccorrere il parere consultivo di cui al Protocollo addizionale n. 16-entrato in vigore con decorrenza dal 1° agosto 2018 con la ratifica ad opera della Francia, non ratificato dall'Italia - che la Corte EDU può rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori, pur se espressamente definito non vincolante (art. 5). Il procedimento è stato attivato per la prima volta dalla Corte di cassazione francese, che ha richiesto un doppio parere in materia di maternità surrogata (*gestation pour autrui*), riguardo alla trascrizione di atti dello stato civile formati all'estero ed al procedimento di adozione. Il parere della Corte EDU è stato pubblicato il 10 aprile 2019.

Il vincolo interpretativo per il giudice italiano discende pertanto dalla presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota” adottata nei confronti dell'Italia che, riempiendo di contenuti specifici la norma interposta della CEDU, impongono al giudice di superare eventuali contrasti rispetto alla norma interna attraverso gli strumenti interpretativi a sua disposizione, ovvero azionando l'incidente di costituzionalità ove ciò fosse possibile (Corte cost. n. 49 del 2015; Corte cost. n. 80 del 2011).

Al di là dei vincoli che possano derivare dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, resta fermo che il giudice comune, nell'esercitare l'attività interpretativa riconosciutagli dalla Costituzione, ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte di Strasburgo, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima (Corte cost. n. 109 del 2017; n. 68 del 2017; n. 276 del 2016; n. 36 del 2016) col solo limite del divieto di disapplicazione.

2.2.2.L'inquadramento delle norme della CEDU a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: persistenza del rilievo delle norme della CEDU quali "norme interposte" ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, comma 1, Cost.

Il sistema non ha subito mutamenti in seguito all'entrata in vigore (1° dicembre 2009) del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui sono stati modificati il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (già Trattato istitutivo della Comunità Europea).

È noto che non sia ancora giunta a esser definita la questione dell'adesione dell'UE alla CEDU, prevista dalle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, avendo la Corte di giustizia, con parere articolato, ritenuto che il progetto di accordo sottoposto dalla Commissione non fosse compatibile con l'art. 6, par. 2, TUE, né con il connesso protocollo n. 8 (Corte giust., parere, 18 dicembre 2014).

La Corte costituzionale, allo stato, esclude che la riconduzione della CEDU al diritto dell'Unione europea - realizzata mediante il riconoscimento (art. 6, par. 1, TUE) dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), nonché attraverso l'attribuzione, ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, della dignità di principi generali del diritto dell'Unione (art. 6 parr. 2 e 3) - consenta di ritenere operante per le norme della Convenzione la copertura dell'art. 11 Cost. e di accedere, conseguentemente, alla possibilità di una loro diretta applicazione da parte del giudice nazionale (cfr., tra le tante, Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236; 28 novembre 2012, n. 264; 18 luglio 2013, n. 202; 4 luglio 2014, n. 191; 18 luglio 2014, n. 223).

Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80 puntualizza che il richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 dell'art. 6 TUE - secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «*e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*» - riprende lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del TUE, evocando una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona e quindi nelle forme già indicate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 349 del 2007.

La stessa Corte esclude altresì una «trattatizzazione» indiretta della CEDU, alla luce della «clausola di equivalenza» che figura nell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali, discendente dall'equiparazione di quest'ultima ai Trattati. La Corte sottolinea che in sede di modifica del Trattato si è inteso evitare che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello «*stesso valore giuridico dei trattati*» abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione (art. 6, par. 1,

primo alinea TUE secondo cui «*le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*»), evidenziando che le disposizioni della Carta si applicano solo nell'ambito delle competenze dell'Unione europea (art. 51, par. 1, TUE; Corte giustizia sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, *McB*; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir e altri*).

3. La giurisprudenza della Cassazione civile. Casistica relativa all'applicazione delle norme della CEDU.

Le principali questioni che hanno portato la Corte di cassazione civile nel 2019 a confrontarsi con le norme della CEDU possono essere suddivise, a grandi linee, negli ambiti del diritto a un equo processo e dell'accesso alla tutela giurisdizionale, del diritto in famiglia, della tutela del cittadino straniero, della detenzione e del divieto di trattamenti inumani nei confronti di soggetti detenuti o internati, delle sanzioni amministrative, del diritto tributario, nonché della materia previdenziale e di quella fallimentare.

Gli orientamenti relativi all'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo (l. n. 89 del 2001) e alla riparazione del danno da detenzione disumana e degradante (art. 35-*ter* della l. n. 354 del 1975, come introdotto dall'art. 1 del d.l. n. 92 del 2014, conv. con la l. n. 117 del 2014), in ragione della specificità delle relative discipline interne, saranno invece trattati in altre sezioni di questa rassegna (Capitoli XXX e XXXI).

3.1. Diritto a un equo processo e accesso alla tutela giurisdizionale.

In questa sezione vengono riportate alcune decisioni della S.C. che affrontano, sotto diversi profili, i temi del diritto a un equo processo e dell'accesso alla tutela giurisdizionale, così come declinati dalla giurisprudenza della Corte EDU in relazione all'art. 6 CEDU.

Va innanzitutto richiamata, con riferimento al procedimento per la verifica dell'ammissibilità di una domanda di risarcimento dei danni in una fattispecie di responsabilità civile dei magistrati, di cui all'art. 5 della l. n. 117 del 1988, *ratione temporis* vigente, **Sez. 3, n. 1067/2019, Dell'Utri Rv. 652295-01**, secondo cui il principio di pubblicità dell'udienza, per quanto risulti consacrato nell'art. 6 CEDU e abbia valore costituzionale, non è assoluto, essendo suscettibile di deroga, tra l'altro, quando il giudice possa adeguatamente risolvere le questioni di fatto o di diritto sottoposte al suo esame in base agli atti del fascicolo e alle osservazioni delle parti.

Parimenti, sul piano generale, si segnala **Sez. 5, n. 1787/2019, Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Rv. 652321-01**, secondo cui il giudice, a fronte di atti processuali che scontino un non insuperabile tasso di ambiguità, ove gli strumenti dell'ermeneutica lo consentano, deve interpretarli nel senso in cui possano avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno, atteso che la regola dell'interpretazione "utile" è imposta sia dal diritto interno, da parte dell'art. 1367 c.c., sia dal diritto europeo, in forza dell'art. 6, par. 3, TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, che recepisce nel diritto dell'Unione i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e, tra questi, il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale. Nella specie, la S.C. ha ritenuto infondata la dedotta violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato per avere la decisione gravata deciso in merito a un avviso di accertamento erroneamente indicato nel corpo della sentenza, ma correttamente identificato nell'epigrafe della stessa.

In riferimento al giudizio d'appello, è stato ritenuto che la previsione dell'art. 348, comma 2, c.p.c., secondo cui l'impugnazione è improcedibile se l'appellante non compare sia alla prima che alla seconda udienza, sia compatibile con i principi del giusto processo di cui agli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, dovendo essere temperato il principio del contraddittorio con quello della ragionevole durata dell'attività giurisdizionale, che verrebbe irrimediabilmente pregiudicata se fosse consentito all'appellante di rallentare lo sviluppo del processo ritardandone la sua definizione (**Sez. 6-3, n. 6439/2019, Graziosi, Rv. 653437-01**).

Riguardo all'accesso alla tutela giurisdizionale, in tema di accertamento tecnico preventivo *ex art. 445 bis c.p.c.*, è stato escluso che l'inappellabilità della sentenza che definisce il giudizio instaurato a seguito della contestazione alle conclusioni formulate dal CTU nella prima fase sia in contrasto con la Carta costituzionale, che non prevede la pluralità dei gradi di giudizio - fatta eccezione per i provvedimenti in materia di libertà personale -, né con l'art. 6 della CEDU, che consente limitazioni di accesso alla tutela giurisdizionale in presenza di motivate ragioni, quali, nella specie, la deflazione del contenzioso ed il contenimento dei tempi processuali, finalità quest'ultima di rango costituzionale, ai sensi dell'art. 111, e sovranazionale, in applicazione dello stesso art. 6 CEDU (**Sez. 6-L, n. 3670/2019, Ghinoy, Rv. 652905-01**).

Nessuna lesione dell'art. 6 CEDU sussiste anche in relazione alla non azionabilità in giudizio dell'istanza del privato diretta a sollecitare il promovimento di conflitto di attribuzioni nel nostro ordinamento, dal momento che il diritto di accesso a un tribunale postula l'esistenza di una posizione giuridica tutelata nell'ordinamento interno, al quale spetta il potere di determinare le aree di esercizio di potestà discrezionale sovrana (**Sez. U, n. 11588/2019, Conti, Rv. 653790-01**). La S.C. ha nella specie respinto il ricorso *ex art. 362, comma 1, c.p.c.* avverso la sentenza

del g.a. dichiarativa dell'inammissibilità dell'impugnazione proposta da un consigliere regionale, rinviato a giudizio per l'impiego ingiustificato di fondi destinati al gruppo consiliare di appartenenza, avverso il silenzio serbato dalla Regione sulla propria diffida a sollevare il conflitto di attribuzioni contro la Procura della Repubblica per invasione di prerogative riservate al Consiglio regionale. Secondo l'apprezzamento compiuto, la richiesta di promovimento del conflitto di attribuzioni rivolta da un privato a un ente pubblico non è sorretta da un interesse protetto dall'ordinamento giuridico, attenendo tale conflitto alla delimitazione dei poteri costituzionalmente riservati all'ente, al quale soltanto spetta la decisione, contraddistinta da ampia discrezionalità e da connotati di politicità, di proporre il ricorso *ex art. 134 Cost.*

Sull'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., va fatta invece menzione di **Sez. U, n. 29085/2019, Sambito, Rv. 656061 – 01**. La S.C. ha escluso che il contrasto delle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato con il diritto europeo integri, di per sé, un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale, atteso che anche la violazione delle norme dell'Unione europea o della CEDU dà luogo a un motivo di illegittimità, sia pure particolarmente qualificata, che si sottrae al controllo di giurisdizione della Corte di cassazione. È stato parimenti escluso che possa essere attribuita rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio, essendo tale valutazione, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriera di incertezze, in quanto affidata a valutazioni contingenti e soggettive. In precedenza, Sez. U, n. 30301/2017, De Stefano, Rv. 646625-02 aveva escluso la sussistenza del vizio di eccesso di potere giurisdizionale, in relazione al diritto dell'Unione, della decisione, adottata dal Consiglio di Stato, di non disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, giacché il controllo che l'art. 111, comma 8, Cost., affida alla S.C. non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori *in iudicando* o *in procedendo* per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi "estrema" in cui l'errore si sia tradotto in un'interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia, sì da precludere, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale.

Con riferimento ai ricorsi proposti contro i provvedimenti disciplinari adottati dagli Ordini professionali, è stato confermato che a essi non si applica l'art. 342 c.p.c. sull'atto di appello e sulla specificità dei motivi di impugnazione, in ragione della natura amministrativa e non giurisdizionale che connota la fase del procedimento di competenza dei locali Consigli dell'ordine (**Sez. 2, n. 2268/2019, Bellini, Rv. 652426-01**). Tale interpretazione è coerente con gli artt. 24 Cost. e 6 della CEDU, diretta ad assicurare alle parti in lite una statuizione sul merito della controversia piuttosto che una pronuncia di mero rito. Tali ricorsi, infatti,

introducono un giudizio che non è limitato alla verifica della legittimità del provvedimento, bensì è esteso anche al merito, con la conseguenza che nulla impedisce al competente Consiglio nazionale di prendere in esame, nella sua interezza, la documentazione prodotta nel corso del procedimento (riguardo alla ricorso proposto dinanzi al Consiglio Nazionale Forense avverso i provvedimenti disciplinari a carico degli avvocati, in senso conforme, Sez. U, n. 15122/2013, Rordorf, Rv. 626811-01). Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del Consiglio nazionale degli architetti che aveva dichiarato inammissibile un ricorso, proposto avverso un provvedimento che aveva inflitto la sanzione dell'avvertimento, perché privo della parte in fatto prescritta dall'art. 2 del D.M. 10 novembre 1948.

Sul procedimento disciplinare a carico di magistrati, in tema di incompatibilità e ricusazione, **Sez. U, n. 15385/2019, Di Virgilio, Rv. 654109-01**, ha escluso un contrasto dell'art. 4 della legge n. 195 del 1958 con gli artt. 117 Cost. e 6 CEDU nella parte in cui non prevede l'incompatibilità dei componenti della Sezione Prima del Consiglio Superiore della Magistratura che abbiano deliberato sugli stessi fatti in via amministrativa, nella specie, riguardo a proposte di non conferma nell'incarico direttivo e di trasferimento d'ufficio del magistrato incolpato. Secondo la S.C., venendo in rilievo una situazione suscettibile di essere apprezzata come causa di ricusazione, l'interessato ha il potere di ricorrere a tale strumento, compatibile con il procedimento disciplinare, come chiarito dalla giurisprudenza della stessa Sezione disciplinare del CSM.

3.2. Il diritto di famiglia.

In materia di diritto di famiglia, si segnala **Sez. 1, n. 9764/2019, Scalia, Rv. 653876-01**, in tema di separazione personale dei genitori e di diritto di visita. Secondo la Corte, pur dovendosi riconoscere all'autorità giudiziaria ampia libertà in materia di diritto di affidamento di un figlio di età minore, è comunque necessario un rigoroso controllo sulle "restrizioni supplementari", ovvero quelle apportate dalle autorità al diritto di visita dei genitori, e sulle garanzie giuridiche destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare, di cui all'art. 8 della CEDU, onde scongiurare il rischio di troncamento delle relazioni familiari tra un figlio in tenera età ed uno dei genitori (Corte EDU 9 febbraio 2017, *Solarino c. Italia*).

La S.C. ha così inteso assicurare, nell'interesse superiore del minore, infatti, il rispetto del principio della bigenitorialità, inteso quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione della prole. Nella specie la corte d'appello aveva

confermato la decisione di primo grado secondo cui la frequentazione tra il padre e la figlia di cinque anni, affidata ad entrambi i genitori e collocata prevalentemente presso la madre, sarebbe avvenuta soltanto a fine settimana alterni. La Cassazione ha cassato la decisione, osservando che la corte territoriale non aveva illustrato le ragioni che la avevano indotta ad escludere frequentazioni infrasettimanali tra il genitore e la bambina, sebbene avesse affermato che occorreva mantenere e semmai intensificare i rapporti della figlia con il padre.

3.3. Il cittadino straniero.

Sui diritti del cittadino straniero e la sua permanenza sul territorio dello Stato, **Sez. 1, n. 10785/2019, Valitutti, Rv. 653572-01**, ha ritenuto che il permesso di soggiorno per assistenza minore, previsto dall'art. 29, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, rilasciato al familiare autorizzato all'ingresso ovvero alla permanenza sul territorio nazionale, ai sensi dell'art. 31, comma 3, dello stesso decreto, possa essere convertito in permesso di soggiorno per motivi familiari, ai sensi dell'art. 30, comma 1, lett. c), del decreto succitato, quando il richiedente sia in possesso dei requisiti per il ricongiungimento familiare previsti dal citato art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998, che il giudice di merito è tenuto ad accertare specificamente caso per caso e della cui sussistenza deve dare conto nella motivazione della decisione emessa.

La S.C. ha così compiuto un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme richiamate e in linea con i principi delineati dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU, escludendo in tal modo che il soggetto titolare dell'autorizzazione suindicata sia costretto - per effetto di un provvedimento di espulsione, emesso alla scadenza del permesso speciale suindicato - a lasciare il territorio nazionale, recidendo rapporti familiari significativi ivi intrattenuti con il minore, e/o con altri appartenenti alla sua famiglia, anche successivamente al venir meno delle ragioni particolari che avevano giustificato la concessione del permesso speciale.

Tale soluzione è in linea con l'indirizzo che si è andato consolidando nella giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di espulsione del cittadino straniero, secondo cui il d.lgs. n. 286 del 1998, art. 13, comma 2 *bis*, per cui è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell'esistenza di legami con il paese d'origine, si applica - ma con valutazione da effettuarsi caso per caso, in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE - anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, ai sensi del d.lgs. n. 286 del 1998, art. 29, in linea con la

nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte costituzionale (Sez. 1, n. 23957/2018, Pazzi, Rv. 650406-01; Sez. 1, n. 15362/2015, Acierno, Rv. 637091-01; **Sez. 1, n. 781/2019, Lamorgese, Rv. 652401-01**, ha precisato che il giudice del merito è tenuto, onde pervenire all'applicazione della tutela rafforzata di cui all'art. 13, comma 2 *bis*, a dare conto di tutti gli elementi qualificanti l'effettività di detti legami - rapporto di coniugio, durata del matrimonio, nascita di figli e loro età, convivenza, dipendenza economica dei figli maggiorenni etc. - oltre che delle difficoltà conseguenti all'espulsione, senza che sia possibile, fuori dalla valorizzazione in concreto di questi elementi, fare riferimento ai criteri suppletivi relativi alla durata del soggiorno, all'integrazione sociale nel territorio nazionale, ovvero ai legami culturali o sociali con il Paese di origine).

Sul diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari - riguardo a fattispecie antecedente all'entrata in vigore della l. n. 110 del 2017 - è stato precisato che esso presuppone l'esistenza di situazioni non tipizzate di vulnerabilità dello straniero, risultanti da obblighi internazionali o costituzionali conseguenti al rischio del richiedente di essere immesso, in esito al rimpatrio, in un contesto sociale, politico e ambientale idoneo a costituire una significativa ed effettiva compromissione dei suoi diritti fondamentali (**Sez. 1, n. 5358/2019, Scotti, Rv. 652731-01**). Ne consegue che anche laddove il richiedente abbia commesso fuori del territorio nazionale un reato grave (art. 10, comma 2, lett. b, e 16, comma 1, lettera b, d.lgs. n. 251 del 2007) e, tuttavia, venga accertato il rischio, in caso di rientro nel Paese di origine, di sottoposizione a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, secondo i principi affermati dall'art. 3 della CEDU, tale evenienza va presa in considerazione dal giudice della protezione internazionale, con l'ausilio dei poteri ufficiosi che gli competono, anche nelle fattispecie antecedenti all'entrata in vigore della l. n. 110 del 2017 che prevede che in nessun caso possa disporsi l'espulsione dello straniero qualora esistano fondati motivi di ritenere che rischi di essere sottoposto a tortura (art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998).

In senso difforme, in precedenza, Sez. 6-1, n. 27504/2018, Lamorgese, Rv. 651149-01 aveva affermato che il diritto al riconoscimento dello "*status*" di rifugiato e della protezione sussidiaria non può essere concesso, rispettivamente ai sensi degli artt. 10, comma 2, lett. b), e 16, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007, come modificati dall'art. 1, comma 1, lett. h) e l), n. 1, del d.lgs. n. 18 del 2014, a chi abbia commesso un reato grave al di fuori dal territorio nazionale, anche se con un dichiarato obiettivo politico, così come, per identità di "*ratio*", non può essere riconosciuta la protezione per motivi umanitari. Tale causa ostativa, in quanto condizione dell'azione, deve essere accertata alla data della decisione e, involgendo

la mancanza dell'elemento costitutivo previsto dalla suddetta legge, può essere rilevata d'ufficio dal giudice, anche in appello.

In tema di competenza territoriale a decidere sulle impugnazioni dei provvedimenti adottati dall'Unità Dublino, è stato affermato che, anche in relazione al quadro normativo innovato dal d.l. n. 113 del 2018, conv. con modif. con la l. n. 132 del 2018, la competenza si radica nella sezione specializzata del tribunale nella cui circoscrizione ha sede la struttura di accoglienza o centro nel quale sia ospitato il ricorrente, in funzione dell'attuazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. e dell'obbligo di garantire a ogni persona un ricorso effettivo *ex* art. 13 CEDU. Tale principio è applicabile *ex* art. 4, comma 3, d.l. n. 13 del 2017, conv. con la l. n. 46 del 2017 anche nell'ipotesi in cui il ricorrente sia trattenuto in un centro di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 286 del 1998 (**Sez. 6-1, n. 31127/2019, Acierno, Rv. 656292 - 01**).

In senso difforme, in precedenza, era stato ritenuto che la competenza territoriale a decidere sulle impugnazioni dei provvedimenti adottati dall'Unità Dublino o, dopo l'istituzione di sue articolazioni territoriali ad opera dell'art. 11 del d.l. n. 113 del 2018, conv. con modif. con la l. n. 132 del 2018, da una di tali articolazioni, spetti alla sezione specializzata del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 4, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 13 del 2017, conv. con modif. con la l. n. 46 del 2017 (**Sez. 6-1, n. 18757/2019, Acierno, Rv. 654721-01**). Secondo l'apprezzamento compiuto, non sarebbe, invece, applicabile il criterio "correttivo di prossimità" di cui al comma 3 dello stesso art. 4 (in base al quale, quando il ricorrente è ospitato in una struttura o in un centro di accoglienza, la competenza si determina "avendo riguardo al luogo in cui la struttura o il centro ha sede"), atteso che, diversamente che per le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, per l'Unità Dublino, sia prima che dopo l'istituzione di sue articolazioni territoriali, i commi 3 e 3-*bis* dell'art. 3 del d.lgs. n. 13 del 2017 non prevedono una ripartizione per circoscrizioni che consenta di effettuare un collegamento territoriale effettivo tra la struttura o il centro di accoglienza in cui è ospitato il ricorrente e l'autorità che ha adottato il provvedimento, così da giustificare l'applicazione del suddetto criterio "correttivo di prossimità". Ne consegue, secondo tale giurisprudenza, che ove il provvedimento impugnato sia stato emesso dall'Unità Dublino, in quanto *ratione temporis* unico organo adibito a tale funzione, la competenza territoriale non può che radicarsi ove il predetto organo abbia sede.

3.4. Le sanzioni amministrative.

Altro ambito in cui la Corte di cassazione civile ha avuto modo di confrontarsi con le norme della CEDU è quello relativo alle sanzioni amministrative, con particolare riguardo alla loro natura e alle differenze rispetto a quelle penali.

In tema di sanzioni di competenza della Banca d'Italia, è stato escluso che la mancata comunicazione all'incolpato della proposta conclusiva formulata dalla Commissione per l'esame delle irregolarità al Direttorio della medesima Banca comporti la violazione del diritto di difesa e dei principi sanciti dall'art. 6 della CEDU perché il procedimento amministrativo deve ritenersi *ab origine* conforme alle prescrizioni di tale ultima disposizione, essendo il provvedimento sanzionatorio impugnabile davanti ad un giudice indipendente e imparziale, dotato di giurisdizione piena e presso il quale è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti (**Sez. 2, n. 8237/2019, Bellini, Rv. 653485-01**).

Riguardo alle sanzioni irrogate dalla Consob ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 58 del 1998 (cd. T.U.F.) per violazione dei doveri di informazione societaria dei sindaci, è stato escluso, sul presupposto della loro non equiparazione alle sanzioni penali, un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 della CEDU e di applicabilità dell'art. 7 della medesima Convenzione (**Sez. 2, n. 5/2019, Oliva, Rv. 652050-02**). Secondo la prospettazione del ricorrente, la Corte di appello avrebbe dovuto applicare nei suoi confronti la più mite sanzione prevista dal d.lgs. n. 72 del 2015, in luogo di quella - più afflittiva - prevista dall'art. 193 T.U.F., considerando che la norma di maggior favore è entrata in vigore prima della pubblicazione della sentenza impugnata e che lo *ius superveniens* va applicato anche dopo la deliberazione in camera di consiglio.

Nel rigettare il motivo di impugnazione, la S.C. ha ribadito che le sanzioni pecuniarie diverse da quelle di cui all'art. 187-ter T.U.F., sulle quali si è espressamente pronunciata la sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, non possono essere equiparate, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate dalla Consob per manipolazione del mercato, sicché le prime non condividono la natura sostanzialmente penale delle seconde, né pongono un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU, tanto con particolare riferimento al problema del *bis in idem* tra sanzione penale e amministrativa (**Sez. 2, n. 20689/2018, Criscuolo, Rv. 650004-03**), quanto con riguardo al procedimento sanzionatorio previsto dall'art. 195 T.U.F.

La specificità delle sanzioni amministrative è stata sottolineata anche da **Sez. 2, n. 23814/2019, Gorjan, Rv. 655356-01**, in materia di intermediazione finanziaria. In relazione al principio del *favor rei*, la S.C. ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015,

per violazione degli artt. 3 e 117 Cost., nella parte cui non prevede l'applicazione del principio di retroattività della legge più favorevole con riferimento alle sanzioni amministrative irrogate (nella specie, ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. n. 58 del 1998) antecedentemente all'entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 72 del 2015. Alla luce della giurisprudenza della CEDU, infatti, il principio del *favor rei*, di matrice penalistica, non ha ad oggetto il complessivo sistema delle sanzioni amministrative, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche punitive alla luce dell'ordinamento convenzionale. Per altro verso, la S.C. ha escluso che una sanzione, qualificata come amministrativa dal diritto interno, abbia sempre e a tutti gli effetti natura sostanzialmente penale.

L'assenza di violazioni dell'art. 6 CEDU è stata ribadita anche da **Sez. 2, n. 4/2019, Grasso Giu., Rv. 652574-01**, con riferimento al procedimento sanzionatorio di cui alla l. n. 262 del 2005, che non partecipa della natura giurisdizionale del processo tipicamente inteso, che è solo quello che si svolge davanti a un giudice. Le autorità indipendenti, infatti, nello svolgimento delle funzioni di garanzia loro attribuite, perseguono la tutela di interessi collettivi dello Stato-Comunità (quali la libertà del mercato, la tutela del risparmio, il corretto funzionamento della borsa e del sistema creditizio, etc.) e, in taluni casi, di diritti soggettivi individuali (come la tutela della riservatezza) e, nei rispettivi ambiti, esercitano funzioni sanzionatorie, ponendosi quali organi giustiziali, non equiparabili a organi di giustizia in senso proprio che pronunciano statuizioni giudiziali. Non essendo la Banca d'Italia un organo giurisdizionale e non avendo le sanzioni da essa applicate ai sensi dell'art. 195 T.U.F. natura penale, non è violato l'art. 6, par. 1, CEDU, ben potendo l'incolpato esercitare tutti i suoi diritti di difesa nella successiva eventuale fase di opposizione, ove si realizza un pieno sindacato giurisdizionale, fino al vaglio di legittimità.

3.5. Il diritto tributario.

Ulteriore settore in cui hanno assunto rilievo i principi della CEDU è quello tributario.

In relazione all'accesso alla tutela giurisdizionale, **Sez. 5, n. 12134/2019, Guida, Rv. 653855-01**, con riferimento al processo tributario, ha ritenuto affetto da inammissibilità, insuscettibile di sanatoria, il ricorso introduttivo privo della sottoscrizione del difensore abilitato e della parte. Secondo la S.C. la tutela giurisdizionale dei diritti non può prescindere dalla corretta instaurazione del rapporto processuale, risultando tale sanzione compatibile con i parametri costituzionali e con l'art. 6 della CEDU, atteso che l'imposizione di condizioni,

forme e termini processuali, nel rispetto del principio di proporzionalità, risponde a obiettive esigenze di buona amministrazione della giustizia, soprattutto se si tratta di regole prevedibili e di sanzioni prevenibili con l'ordinaria diligenza, anche *in eligendo*.

In termini altrettanto generali, **Sez. 5, n. 14548/2019, Bernazzani, Rv. 654126-01**, ha escluso che la decorrenza del termine di decadenza del diritto al rimborso di un'imposta sui redditi, dichiarata, in epoca successiva al pagamento, incompatibile con il diritto dell'Unione da una sentenza della Corte di Giustizia, dalla data del versamento o della ritenuta, e non da quella di detta pronuncia, si ponga in contrasto con i principi espressi dalla Corte EDU in tema di legittimo affidamento. Nel caso di specie, secondo l'apprezzamento compiuto, viene in rilievo, per un verso, un mero mutamento giurisprudenziale sull'interpretazione di norme attributive di diritti, rispetto ai quali i titolari non possono vantare aspettative d'immutabilità giuridica riguardo alla giurisprudenza, a differenza di quanto può avvenire rispetto a leggi interpretative o retroattive che costituiscano ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia e, per un altro, la materia della imposizione tributaria appartiene al cd. "nucleo duro" delle prerogative della potestà pubblica, nella quale gli Stati contraenti godono di ampia discrezionalità, che ne rende insindacabili le scelte che non siano manifestamente prive di giustificazioni ragionevoli.

3.6. La materia previdenziale e fallimentare.

Si segnalano, infine, alcune pronunce che hanno affrontato nella materia previdenziale e in quella fallimentare la questione della violazione dell'art. 1 Protocollo addizionale n. 1 CEDU sulla protezione della proprietà.

Sez. L, n. 21531/2019, Ghinoy, Rv. 655008-01, ha confermato che la domanda di restituzione dei contributi versati sulle retribuzioni corrisposte agli operai agricoli occupati alle dipendenze delle imprese e dei datori di lavoro aventi sede e operanti nei comuni montani, in virtù dell'esenzione contributiva *ex art. 8* della l. n. 991 del 1952, deve ritenersi sprovvista di base normativa a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 1 del d.lgs. n. 179 del 2009 (nella parte in cui aveva dichiarato la permanenza in vigore della predetta disposizione) resa con la sentenza n. 182 del 2018 (conforme, **Sez. 6-L, n. 8495/2019, Cavallaro, Rv. 653390-01**), i cui effetti retroattivi non sono suscettibili di valutazione ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 CEDU.

Richiamando la sentenza della Corte EDU, 7 giugno 2011, *Agrati ed altri c. Italia*, ove è stato affermato che la titolarità sulla base della normativa di un interesse economico che costituisca "legittimo affidamento" di ottenere il pagamento di

importi contestati può assumere il carattere di “bene” ai sensi della prima frase dell’art. 1 del Protocollo n. 1, la S.C. è giunta a escludere nel caso in esame una lesione di tal fatta, considerato che la fondatezza del diritto vantato in causa era già opinabile sulla base della stessa normativa richiamata ed era stata negata dalla giurisprudenza, anche di legittimità, sin da epoca ben anteriore all’intervento della Corte costituzionale, sicché non si è verificata alcuna ingerenza nell’aspettativa di un diritto di proprietà assicurato alla ricorrente in virtù della legislazione e della giurisprudenza.

La compatibilità con l’art. 1 Protocollo addizionale n. 1 CEDU è stata ribadita da **Sez. 6-L, n. 14153/2019, Leone, Rv. 654018-01**, anche in relazione all’art. 1, comma 777, della l. n. 296 del 2006, in tema di pensione di vecchiaia spettante sulla base del lavoro svolto in Svizzera, che ha disposto, con norma di interpretazione autentica, che la retribuzione percepita all’estero, da porre a base del calcolo della pensione, sia riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati in Italia nel medesimo periodo (conforme, Sez. L, n. 30876/2017, Calafiore, Rv. 646568-01). Tale previsione, secondo la Corte, non è irragionevole e non determina alcuna lesione dell’affidamento del cittadino nella certezza dell’ordinamento giuridico, in quanto ispirato ai principi di uguaglianza e di proporzionalità, né contrasta con l’art. 117, comma 1, Cost. in relazione all’art. 6, par. 1, e all’art. 1, del Protocollo addizionale, per come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*, poiché quest’ultima non ha evidenziato un profilo di incompatibilità della disposizione nazionale in esame con il predetto art. 1 del Protocollo addizionale, sicché l’indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un limite di riducibilità delle “pensioni svizzere”, presuppongono la scelta tra una pluralità di soluzioni, rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore (Corte cost. 12 luglio 2017 n. 166).

In materia fallimentare, **Sez. 1, n. 4514/2019, Mercolino, Rv. 652729-03** ha negato che la disciplina di cui all’art. 117, comma 3, l. fall., antecedente alle modifiche di cui all’art. 107 del d.lgs. n. 5 del 2006, che ha introdotto i commi 4 e 5 della predetta norma, nel prevedere l’efficacia liberatoria del deposito presso l’istituto di credito, escludendo la possibilità di un riparto supplementare delle somme spettanti ai creditori che non si siano presentati a riscuoterle o che siano rimasti irreperibili, contrasti con l’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU. Avendo il credito a oggetto somme sulle quali i creditori non assegnatari non possono considerarsi titolari di alcun diritto, non è configurabile, almeno nei loro confronti, una privazione della proprietà, nel senso previsto dalla citata disposizione.

Come osservato dalla S.C., la successiva modificazione dell’art. 117 l. fall., con la conseguente attribuzione ai creditori rimasti insoddisfatti della facoltà di chiedere

la redistribuzione delle somme precedentemente accantonate in favore dei creditori che non le abbiano riscosse o di quelli risultati irreperibili, non consente infatti di ritenere esistente tale diritto anche nel regime previsto dal testo previgente, il quale, ispirandosi a criteri del tutto diversi da quelli adottati dalla riforma, non comprendeva la fattispecie in esame tra quelle idonee a giustificare un riparto supplementare. In caso di deposito delle somme presso un istituto bancario, l'estinzione del credito ha luogo in applicazione della disciplina della prescrizione, istituto di carattere generale di per sé non incompatibile con la tutela dei diritti, in quanto fondato sull'inerzia del titolare, ritenuta sintomatica, per il protrarsi nel tempo, del venir meno del relativo interesse.

PARTE PRIMA

I DIRITTI FONDAMENTALI DELLA PERSONA

CAPITOLO I

LA TUTELA DELLA PERSONA: DIRITTI DELLA PERSONALITA' E DIRITTI DI NUOVA EMERSIONE*

(DI GIOVANNI ARMONE E MARINA CIRESE)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il diritto alla riservatezza. – 2.1. Il diritto all'oblio ed il diritto alla rievocazione storica – 2.2. Privacy e banche – 2.3. Il diritto all'immagine - 2.4. *Profili processuali*. – 3. Lo *ius eligendi sepulchrum*. – 4. I diritti di nuova emersione.

1. Premessa.

E' noto come secondo l'originaria impostazione del codice civile, i diritti afferenti alla persona venivano sì presi in considerazione, ma acquistavano rilevanza quasi esclusivamente nei loro risvolti patrimoniali, con la tradizionale etichetta di "diritti della personalità" e all'insegna della tassatività (diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, oltre ad alcuni diritti sanciti dalla legislazione speciale in materia di diritto d'autore e proprietà industriale).

La progressiva presa di coscienza dell'incidenza dei principi costituzionali sull'assetto patrimonialistico del diritto civile ha dapprima portato a un allargamento del catalogo dei diritti della personalità o alla valorizzazione dei loro risvolti non economici, sotto l'egida dell'art. 2 Cost.

In tempi più recenti, anche grazie all'avvento delle carte sovranazionali, le esigenze di tutela della persona sono ulteriormente cresciute, in direzioni talvolta inaspettate e con un'accentuazione del ruolo del formante giurisprudenziale.

* Giovanni Arnone ha redatto i paragrafi 1, 3 e 4, Marina Cirese quelli da 2 a 2.4.

2. Il diritto alla riservatezza.

Nel corso del 2019 la giurisprudenza della S.C. si è mossa nell'approfondimento di nuovi fronti di tutela del diritto alla riservatezza, in particolare in relazione al rapporto con le esigenze dell'informazione e della trasmissione dei dati personali.

2.1. Il diritto all'oblio ed il diritto alla rievocazione storica.

A risoluzione di questione di massima di particolare importanza, **Sez. U, n. 19681/19, F.M. Cirillo, Rv. 654836-01**, ha affermato, in tema di rapporto tra il diritto alla riservatezza, nella sua particolare connotazione del cd. diritto all'oblio, e quello alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, che il giudice di merito, ferma restando la libertà della scelta editoriale in ordine a detta rievocazione, che a sua volta è espressione della libertà di stampa protetta e garantita dall'art. 21 Cost., ha il compito di valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti.

Tale menzione deve ritenersi lecita solo a condizione che ci si riferisca a personaggi che destino nel momento presente l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà sia per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva.

Prendendo spunto dall'ordinanza interlocutoria, la pronuncia delinea il quadro normativo, sia nazionale che europeo, partendo dalla famosa sentenza Sez. 1, n. 05259/1984, Borruso, Rv. 436989-01 nonché la giurisprudenza più significativa in materia, soffermandosi altresì sulla giurisprudenza di matrice europea, e sui principi enunciati da Corte di giustizia, 13 maggio 2014, C-131/12.

La S.C. ha *in primis* delimitato il campo di indagine oggetto della pronuncia precisando che “..quando si parla di diritto all'oblio ci si riferisce, in realtà, ad almeno tre differenti situazioni: quella di chi desidera non vedere nuovamente pubblicate notizie relative a vicende, in passato legittimamente diffuse, quando è trascorso un certo tempo tra la prima e la seconda pubblicazione; quella, connessa all'uso di *internet* ed alla reperibilità delle notizie nella rete, consistente nell'esigenza di collocare la pubblicazione, avvenuta legittimamente molti anni prima, nel contesto attuale (è il caso della sentenza n. 5525 del 2012); e quella, infine, trattata nella citata sentenza Google Spain della Corte di giustizia dell'Unione europea, nella quale l'interessato fa valere il diritto alla cancellazione dei dati”.

Il caso sottoposto all'attenzione della Corte, come da questa rilevato, rientra nella prima ipotesi, trattandosi di un caso connesso col problema della libertà di

stampa e la diffusione della notizia a mezzo giornalistico, rimanendo perciò escluso ogni collegamento con i problemi posti dalla moderna tecnologia e dall'uso della rete *internet*.

Si tratta invero dell'ipotesi in cui non si discute della legittimità della pubblicazione, quanto, invece, della legittimità della ripubblicazione di quanto è stato già a suo tempo diffuso.

La premessa risiede nel fatto che quando un giornalista pubblica nuovamente, a distanza di un lungo periodo di tempo, una notizia già pubblicata, la quale a suo tempo rivestiva un pubblico interesse, non sta esercitando il diritto di cronaca, quanto il diritto alla rievocazione storica, storiografica, di quei fatti. Rileva, al riguardo, la Corte che *“lo stesso termine diritto di cronaca, infatti, trae la propria etimologia dalla parola greca κρόνος, che significa, appunto, tempo; il che vuol dire che si tratta di un diritto avente ad oggetto il racconto, con la stampa o altri mezzi di diffusione, di un qualcosa che attiene a quel tempo ed è, perciò, collegato con un determinato contesto. Ciò non esclude, naturalmente, che in relazione ad un evento del passato possano intervenire elementi nuovi tali per cui la notizia ritorni di attualità, di modo che diffonderla nel momento presente rappresenti ancora una manifestazione del diritto di cronaca (in tal senso già la citata sentenza n. 3679 del 1998); in assenza di questi elementi, però, tornare a diffondere una notizia del passato, anche se di sicura importanza a suo tempo, costituisce esplicazione di un'attività storiografica che non può godere della stessa garanzia costituzionale che è prevista per il diritto di cronaca”*.

Da ciò consegue che simile rievocazione, a meno che non riguardi personaggi che hanno rivestito o rivestono tuttora un ruolo pubblico, ovvero fatti che implichino il necessario richiamo ai nomi dei protagonisti, deve svolgersi in forma anonima, perché nessuna particolare utilità può trarre chi fruisce di quell'informazione dalla circostanza che siano individuati in modo preciso coloro i quali tali atti hanno compiuto.

Pertanto, il diritto ad informare, che sussiste anche rispetto a fatti molto lontani, non equivale in automatico al diritto alla nuova e ripetuta diffusione dei dati personali. Rileva la Corte che è proprio questo il costante *fil rouge* che lega la giurisprudenza nazionale ed europea, ossia il trascorrere del tempo che modifica l'esito del bilanciamento tra i contrapposti diritti e porta il protagonista di un fatto a riappropriarsi della propria storia personale.

Per giungere ad una risoluzione dei contrapposti interessi, vengono altresì richiamate le regole del Testo unico dei doveri del giornalista del 27 gennaio 2016, che ribadisce come l'attività dallo stesso svolta debba ispirarsi sempre alla libertà di espressione sancita dalla Costituzione italiana.

Sottolinea infine la Corte come la materia in esame di per sé sfugga ad una precisa catalogazione e richieda di volta in volta, invece, la *“paziente e sofferta valutazione dei giudici di merito”*.

2.2. *Privacy* e banche.

In tema di tutela della riservatezza nei rapporti tra i clienti e la banca, **Sez. 1, n. 26778/2019, Fidanzia, Rv. 655763 – 01**, ha accolto il ricorso di un cliente di una banca cui era stata negata l'operatività del conto corrente in ragione della mancata sottoscrizione del consenso per il trattamento dei dati personali sensibili, sottoscrizione richiesta quale condizione necessaria per l'esecuzione del contratto.

Nonostante il diniego da parte del cliente, la banca aveva instaurato il regolare servizio di conto corrente, salvo poi bloccarne l'operatività richiedendo nuovamente il consenso al trattamento dei dati sensibili, in mancanza del quale non avrebbe eseguito le proprie prestazioni.

Adito il Tribunale competente per chiedere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dall'inadempimento contrattuale della banca, la sentenza di primo grado, confermata poi in appello, rigettava la domanda sull'assunto che la banca avesse sempre prospettato al cliente che, in mancanza di detto consenso, si sarebbe potuta rifiutare di dare corso al contratto e, nonostante ciò, tali condizioni contrattuali erano state sottoscritte dal cliente.

La S.C., ribaltando l'impostazione giuridica dei giudici di merito, ha rilevato che l'obbligatorietà del consenso al trattamento dei dati sensibili contrasta con i principi della legge sulla *privacy*, che non possono essere derogati dall'autonomia privata in quanto posti a tutela di diritti e libertà fondamentali, quali la dignità, la riservatezza, l'identità personale, la protezione dei dati personali. In particolare, tra i principi che regolano la tutela della *privacy* rientra quello di minimizzazione nell'uso dei dati personali, che impone di utilizzare solo i dati indispensabili, pertinenti e limitati a quanto necessario per il perseguimento delle finalità per cui sono raccolti e trattati.

Un concetto espresso dall'art. 3 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante il titolo "Principio di necessità nel trattamento dei dati", che richiede la pertinenza, la completezza e la non eccedenza dei dati rispetto alle finalità per cui sono raccolti e trattati.

La S.C. ha altresì evidenziato che la banca ha giustificato la necessità di un consenso obbligatorio al trattamento in base alla propria *policy* aziendale, ai fini di una imprecisata completa e migliore gestione dei rapporti con la clientela, precisando di ritenere necessario il consenso al trattamento dei dati sensibili, non nel senso "*che la banca necessiti di avere a disposizione i dati sensibili per poter operare, ma nel senso che potendo tali dati venire a conoscenza dell'istituto di credito, in via di cautela la banca vuole ottenere il consenso al loro trattamento*".

La Corte ha inoltre esplicitato che se la richiesta di trattamento della banca fosse stata realmente mossa dall'unico intento di provvedere alla mera cancellazione e distruzione dei dati sensibili di cui fosse eventualmente venuta a conoscenza per

pura casualità, non sarebbe stato necessario imporre il consenso preventivo e generico al loro trattamento (che è comprensivo di una varietà di operazioni di utilizzo), potendo richiedere *una tantum* il consenso alla distruzione e cancellazione di tali dati, ove eventualmente manifestatasi l'esigenza.

Al termine dell'analisi dei principi fin qui enucleati la S.C. ha concluso che la clausola con cui la banca subordina l'esecuzione delle proprie operazioni al rilascio del consenso al trattamento di dati sensibili è affetta da nullità per contrarietà a norma imperativa *ex art.* 1418 c.c. La legge sulla *privacy* contiene infatti precetti a tutela di interessi generali, di valori morali e sociali pregnanti nel nostro ordinamento, finalizzati al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali. Ne consegue che il successivo blocco del conto corrente e del deposito titoli non esonera la banca da responsabilità a titolo di inadempimento contrattuale.

2.3. Il diritto all'immagine.

Nell'ordinamento italiano il diritto all'immagine rappresenta una delle espressioni del diritto alla riservatezza, che garantisce ad ogni individuo uno spazio di riserbo relativamente a tutte quelle caratteristiche della propria personalità che non intende divulgare a terzi.

Tale diritto trova una sua espressa enunciazione nell'art. 10 c.c. nonché nella legge 22 aprile 1941, n. 633 (c.d. legge sul diritto d'autore).

Tale disposizione, da un lato vieta che il ritratto di una persona possa essere riprodotto o messo in commercio senza il consenso di quest'ultima e, dall'altro, prevede dei limiti a tale divieto, quali: notorietà o carica pubblica ricoperta dal soggetto ritratto; esigenze di polizia; scopi scientifici, didattici o culturali; o tutti i casi in cui la riproduzione esponga fatti o cerimonie di interesse pubblico cui si aggiunge il d.lgs. n. 196 del 2003, il quale, tutelando qualunque segno evocativo dell'identità personale di ogni soggetto, estende il proprio ambito di tutela anche alla riproduzione e alla diffusione dell'immagine di un individuo.

In tale ambito, colui che pubblichi abusivamente il ritratto di una persona nota, per finalità commerciali, è tenuto al risarcimento del danno, la cui liquidazione deve essere effettuata tenendo conto anzitutto delle ragioni della notorietà, specialmente se questa è connessa all'attività artistica del soggetto leso, non essendo tale pregiudizio escluso dall'eventuale rifiuto dello stesso di consentire la pubblicazione degli specifici ritratti abusivamente utilizzati.

Nel solco di tale orientamento si pone **Sez. 1, n. 01875/2019, Genovese, Rv. 652419-01** che, nel cassare la sentenza impugnata, ha affermato la sussistenza di un danno patrimoniale dovuto alla illecita interferenza nella vita privata di un noto

attore e alla violazione del diritto alla propria immagine in ragione della captazione di momenti relativi alla sua vita privata.

La Corte ha richiamato i principi giurisprudenziali già sviluppatasi in materia di violazione del diritto all'immagine di personaggi famosi, secondo cui chiunque pubblici abusivamente il ritratto di persona nota è tenuto al risarcimento del danno quando l'abusiva pubblicazione comporti la perdita da parte del titolare del diritto o della facoltà di offrire al mercato l'uso del proprio ritratto, precisando che il pregiudizio non è escluso per il solo fatto che il soggetto noto abbia rifiutato la pubblicazione.

Si è affermato invero che “tale rifiuto anzitutto non può essere equiparato ad una sorta di abbandono del diritto stesso con conseguente sua caduta in pubblico dominio, giacché nella gestione del diritto alla propria immagine ben si colloca la facoltà, protratta per il tempo ritenuto necessario, di non pubblicare determinate fotografie, senza che ciò comporti alcun effetto ablativo”; dall'altro che la stessa gestione può comportare la scelta di non sfruttare una determinata fotografia perché lo sfruttamento può risultare lesivo, in prospettiva, del bene protetto.

Tale sfruttamento, anzi, può talvolta risultare in concreto fonte di pregiudizio ben più grave di quello che corrisponde al valore commerciale della specifica attività abusiva. Il corrispondente risarcimento, pertanto, può essere effettuato in termini di perdita della reputazione professionale, se allegata in giudizio, da valutarsi caso per caso dal giudice del merito nei limiti della ricchezza non conseguita dal danneggiato, ovvero anche con il ricorso al criterio di cui all'art 1226 cc.

La Corte ha anche precisato, in punto di liquidazione del danno, che, qualora non possano essere dimostrate specifiche voci di danno patrimoniale, la parte lesa può far valere il diritto al pagamento di una somma corrispondente al compenso che avrebbe presumibilmente richiesto per dare il suo consenso alla pubblicazione, somma da determinarsi in via equitativa, con riferimento al vantaggio economico conseguito dall'autore dell'illecita pubblicazione e ad ogni altra circostanza congruente con lo scopo della liquidazione.

2.4. Profili processuali.

In tema di disciplina delle spese nel procedimento dinanzi al Garante per la protezione dei dati personali, **Sez. 1, n. 15712/2019, Di Marzio, Rv. 654424-02**, ha statuito che, nel regime anteriore a quello introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. a), della legge 28 dicembre 2005, n. 263, il provvedimento di compensazione parziale o totale delle spese "per giusti motivi" deve trovare un adeguato supporto motivazionale, anche se, a tal fine, non è necessaria l'adozione di motivazioni specificamente riferite a detto provvedimento purché, tuttavia, le ragioni

giustificatrici dello stesso siano chiaramente e inequivocamente desumibili dal complesso della motivazione adottata a sostegno della statuizione di merito o di rito.

Pertanto, deve ritenersi assolto l'obbligo del giudice anche allorché le argomentazioni svolte per la statuizione di merito (o di rito) contengano in sé considerazioni giuridiche o di fatto idonee a giustificare la regolazione delle spese adottata, come nel caso in cui si dà atto, nella motivazione del provvedimento, di oscillazioni giurisprudenziali sulla questione decisiva, ovvero di oggettive difficoltà di accertamenti in fatto, idonee a incidere sulla esatta conoscibilità *a priori* delle rispettive ragioni delle parti, o di una palese sproporzione tra l'interesse concreto realizzato dalla parte vittoriosa ed il costo delle attività processuali richieste, ovvero, ancora, di un comportamento processuale ingiustificatamente restio a proposte conciliative plausibili in relazione alle concrete risultanze processuali.

Nella specie, il Garante ha osservato che il titolare del trattamento aveva fornito idoneo riscontro alle richieste del ricorrente, seppur solo nel corso del procedimento, il che rende del tutto manifesto come la parziale compensazione sia stata disposta in ragione della condotta processuale della Cassa, adesiva alla domanda spiegata, sicché è stata effettuata la liquidazione solo dell'importo documentato, quindi solo in misura pari ai diritti di segreteria versati dal ricorrente con la presentazione del ricorso al Garante.

3. Lo *ius eligendi sepulchrum*.

Il diritto di scegliere il luogo della propria sepoltura rientra tra i diritti della personalità e, come tale, non può formare oggetto di trasferimento *mortis causa*.

In assenza di disposizioni testamentarie possono dunque sorgere conflitti, che la giurisprudenza è chiamata a dirimere secondo schemi estranei al diritto successorio patrimoniale.

Sez. 6-2, n. 29548/2019, Criscuolo, Rv. 656245 - 01, ha così precisato, riallacciandosi a un orientamento risalente, che la scelta del luogo di sepoltura può essere fatta dai prossimi congiunti, senza alcun rigore di forme, con prevalenza dello *ius coniugii* sullo *ius sanguinis* e di questo sullo *ius successionis*.

Una volta attuata la scelta da parte del soggetto al quale l'ordinamento attribuisce una posizione poziore tra i congiunti del defunto, il giudice, accertato che il luogo di sepoltura era stato originariamente determinato dal titolare del relativo diritto, deve valutare con oculata prudenza le giustificazioni addotte per pretendere di operare un trasferimento che comporta esumazione e ritumulazione del cadavere, posto che è avvertita dalla sensibilità degli uomini l'esigenza che le salme dei defunti non vengano, senza adeguate e gravi ragioni, trasferite da un luogo ad un altro.

4. I diritti di nuova emersione.

Il valore fondamentale della dignità umana si colloca al centro dell'ordinamento costituzionale e sprigiona i suoi effetti in molteplici direzioni.

Il diritto all'autodeterminazione ne costituisce un decisivo momento di inveroamento.

Nel corso dell'anno in rassegna, la giurisprudenza di legittimità se n'è occupata soprattutto per delineare i confini del consenso informato nell'ambito della relazione medico-paziente (su cui v. *infra* parte III, cap. XII), ma alla libertà di autodeterminazione della persona fa capo anche un'altra importante pronuncia in materia di disposizioni anticipate di trattamento (secondo la definizione che oggi appare nella l. n. 219 del 2017).

Sez. 1, n. 12998/2019, Caiazzo, Rv. 653917-02, si è dovuta confrontare con un caso molto spinoso e complesso, in cui un aderente alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova aveva preventivamente designato un amministratore di sostegno e gli aveva impartito direttive precise, onde far valere la sua irrevocabile volontà di non essere sottoposto, neanche in ipotesi di morte certa ed imminente, a trasfusioni a base di emoderivati.

La Corte ha stabilito che la designazione anticipata dell'amministratore di sostegno da parte dell'interessato, in vista della propria eventuale futura incapacità, prevista dall'art. 408, comma 1, c.c., non ha esclusivamente la funzione di scegliere il soggetto che, ove si presenti la necessità, il giudice tutelare deve nominare. Essa ha altresì la finalità di consentire al designante, che si trovi ancora nella pienezza delle proprie facoltà cognitive e volitive, di impartire delle direttive vincolanti sulle decisioni sanitarie o terapeutiche da far assumere in futuro all'amministratore designato; tali direttive possono anche prevedere il rifiuto di determinate cure, in quanto il valore fondamentale della dignità umana, sancito dall'art. 32 Cost., dagli artt. 2, 3 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalle convenzioni internazionali, include il diritto di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, senza che tale rifiuto, ove informato, autentico e attuale, incontri un limite di ordine pubblico in un inesistente dovere di curarsi.

Ancor più delicate sono le ipotesi in cui la menomazione della libertà di autodeterminazione dipenda non da una sopravvenuta incapacità, cui appunto si può parzialmente ovviare mediante disposizioni anticipate, ma da una incapacità originaria, come quella del minore o del disabile.

Emerge qui il problema di chi sia autorizzato a prendere decisioni al posto di tali persone, e secondo quali criteri, tenuto conto che l'interesse dell'incapace può

entrare in conflitto con altri valori fondamentali di altre persone con cui questi si trovi in relazione.

Sempre più si avverte la difficoltà di adottare soluzioni nette, che facciano leva sullo schema tradizionale del diritto soggettivo assoluto e non guardino al contesto relazionale in cui di tale diritto si svolge la personalità del titolare.

Contrassegnata da particolare equilibrio appare così **Sez. 1, n. 21916/2019, Bisogni, Rv. 655166-01**, in tema di affidamento dei minori in sede di separazione personale. Nel caso esaminato dalla S.C. la madre si era convertita alla fede geovista e rivendicava il diritto a trasmettere al figlio minore insegnamenti conformi ai principi di quella confessione religiosa. La Cassazione non ha escluso la possibilità di adottare provvedimenti contenitivi o restrittivi della libertà religiosa della madre, ma ha sancito che essi devono intervenire all'esito di un accertamento basato sull'osservazione e sull'ascolto del minore, da cui emerga l'effettiva possibilità che l'esercizio di tali diritti possa compromettere la salute psico-fisica o lo sviluppo dei figli minori. Ne è scaturito l'annullamento della decisione di merito che aveva inibito alla madre d'impartire al figlio insegnamenti contrastanti con quelli della religione cattolica, basando il giudizio solo su astratte valutazioni delle due religioni e dando rilievo all'iniziale trasmissione al figlio, da parte di entrambi i genitori, della fede cattolica come religione comune della famiglia, senza svolgere alcun accertamento in concreto.

Talvolta, i diritti fondamentali della persona assumono la forma di diritti a prestazione, cosicché la loro realizzazione esigerebbe il contributo attivo dello Stato, in attuazione peraltro di specifici obblighi costituzionali. Lo Stato sociale è però notoriamente in crisi e ciò si riverbera sui diritti fondamentali, specie dei soggetti più deboli e perciò più bisognosi di protezione. A loro volta, le rivendicazioni acuiscono i conflitti, specie all'interno di comunità ristrette, come la scuola o l'azienda.

Chiamata a dirimere simili conflitti, la giurisdizione oscilla tra le contrapposte esigenze di garantire la piena attuazione dei diritti della persona, in conformità agli art. 2 e 3, comma 2, Cost., e di non accentuare, con le proprie decisioni, le difficoltà economiche dello Stato.

Esemplari in tal senso due pronunce delle Sezioni Unite del 2019, riguardanti la comunità scolastica.

Sez. U, n. 25101/2019, Bisogni, Rv. 655502-01, ha fissato alcuni importanti punti fermi in tema di integrazione scolastica dei disabili.

La sentenza ha affermato che la predisposizione di un piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, che abbia indicato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di handicap

particolarmente grave, priva l'amministrazione scolastica del potere discrezionale di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura del supporto integrativo come individuato dal detto piano. L'Amministrazione ha, di conseguenza, il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno interessato, del personale docente specializzato, anche ricorrendo all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti-alunni. Ove si verifichi l'omissione o l'insufficienza nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, della sua attività doverosa si configura la contrazione di un diritto fondamentale del disabile che, ove non accompagnata da una equivalente contrazione dell'offerta formativa riservata agli alunni normodotati, si traduce in una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2 della l. n. 67 del 2006, il comportamento omissivo della P.A. preposta all'organizzazione del servizio scolastico che metta la bambina o il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni.

L'attuazione dei diritti fondamentali nella scuola non può tuttavia tradursi nella proliferazione di pseudo-diritti incondizionati, destinati a pesare in modo ingiustificato sull'erario e, indirettamente, sulle complessive risorse della comunità.

E' quanto ha tenuto a sottolineare **Sez. U, n. 20504/2019, Lamorgese, Rv. 654945-01**, decidendo il caso del preteso diritto all'autorefezione scolastica.

Un gruppo di genitori di alunni della scuola primaria e della scuola secondaria del Comune di Torino pretendeva di scegliere, per i propri figli, tra la refezione scolastica e il pasto domestico (portato da casa o confezionato autonomamente), nonché di consumare il pasto domestico all'interno dei locali destinati alla mensa e nell'orario della refezione. Chiedeva dunque di voler ordinare al Ministero dell'istruzione di impartire ai dirigenti scolastici le opportune disposizioni e al Comune di astenersi dal porre limiti e divieti ostativi all'esercizio del suddetto diritto di scelta.

La S.C. ha negato l'esistenza di tale diritto, precisando che l'istruzione e l'integrazione scolastica possono trovare realizzazione entro argini ben precisi, non tutti rimessi alla disponibilità degli utenti della scuola.

Da un lato, ha puntualizzato che l'istituzione scolastica non è un luogo dove si esercitano i diritti individuali degli alunni, né il rapporto con l'utenza è connotato in termini meramente negoziali. La scuola è piuttosto un luogo dove lo sviluppo della personalità dei singoli alunni e la valorizzazione delle diversità individuali (cfr. l'art. 5 d.lgs. n. 59 del 2004) devono realizzarsi nei limiti di compatibilità con gli interessi degli altri alunni e della comunità, come interpretati dall'istituzione scolastica mediante regole di comportamento cogenti, tenendo conto dell'adempimento dei doveri cui gli alunni sono tenuti, di reciproco rispetto, di condivisione e tolleranza.

Dall'altro lato, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, ha rammentato che la connessione tra l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione va intesa con razionale valutazione dei due termini del binomio. Ogni subordinazione del principio di obbligatorietà ad un concetto troppo esteso di gratuità va esclusa; il diritto all'istruzione non è svincolato dall'adempimento di corrispondenti doveri da parte dei genitori e, più in generale, l'assistenza scolastica viene prestata nei limiti delle risorse disponibili e può, di conseguenza, essere legittimamente correlata alla disponibilità di mezzi finanziari degli studenti, quali risultano dagli importi da essi corrisposti per tasse di frequenza o per rette di fruizione dei servizi scolastici scelti; analogamente, l'intervento pubblico per il servizio mensa è previsto nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie, umane e strumentali disponibili a legislazione vigente, come altri interventi a sostegno del diritto allo studio.

CAPITOLO II

LE RELAZIONI FAMILIARI E GENITORIALI

(DI GIOVANNI ARMONE, PAOLO DI MARZIO, CHIARA GIAMMARCO ED
ELEONORA REGGIANI) *

SOMMARIO: 1. Giurisdizione internazionale, cause matrimoniali e residenza abituale del minore – 2. La separazione personale dei coniugi. – 2.1. La separazione personale dei coniugi, *profili processuali* – 3. Il contributo al mantenimento del coniuge, il risarcimento del danno per la violazione dei doveri coniugali e l'addebito della separazione. – 3.1. L'addebito della separazione e la riconciliazione, *profili processuali* – 4. Il divorzio, *profili processuali* – 5. L'assegno divorzile – 5.1. L'assegno divorzile, *profili processuali* – 6. Il regime patrimoniale della famiglia: comunione legale dei beni, fondo patrimoniale, *trust* e impresa familiare – 6.1. Il regime patrimoniale della famiglia, *profili processuali* – 7. Il mantenimento dei figli, *profili processuali* – 8. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia. – 8.1. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia, *profili processuali* – 9. La protezione dei soggetti bisognosi – 9.1. La protezione dei soggetti bisognosi, *profili processuali* – 10. Prossimi congiunti e scelta del luogo di sepoltura – 11. Questioni in materia di matrimonio concordatario – 12. Le unioni civili e le convivenze di fatto – 13. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice nei procedimenti separativi – 13.1. Questioni processuali – 13.2. Le scelte sull'affidamento dei figli – 13.3. Le statuizioni sull'affidamento e le restrizioni ai diritti del genitore – 14. I procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale – 14.1. Questioni processuali – 14.2. L'affidamento temporaneo interfamiliare – 15. La sottrazione internazionale di minori – 16. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi – 16.1. Aspetti processuali – 16.2. Lo stato di abbandono – 16.3. Il riconoscimento delle sentenze straniere di adozione, l'ordine pubblico e l'interesse del minore – 17. La filiazione e gli atti dello stato civile – 18. L'attribuzione dello *status filiationis* tra consenso e verità – 19. Le azioni di disconoscimento e riconoscimento: questioni processuali – 20. Azioni di stato filiale e rapporti con gli altri giudizi.

1. Giurisdizione internazionale, cause matrimoniali e residenza abituale del minore.

È proseguito nell'anno 2019 l'impegno della Suprema Corte volto ad indicare i corretti criteri di individuazione del giudice nazionale in possesso di giurisdizione in relazione alle controversie che coinvolgono la responsabilità genitoriale, anche con riferimento all'ipotesi che tra i genitori sia pendente il giudizio di separazione personale o di divorzio.

Pronunciando a Sezioni Unite, in particolare, la Corte di legittimità ha statuito che in materia di giurisdizione sulle domande relative alla responsabilità genitoriale in ambito UE, ove il minore, condotto all'estero con il consenso di entrambi i genitori, non rientri nello Stato di residenza abituale per decisione di uno solo di essi, è prorogata la giurisdizione dello Stato membro nel quale il minore aveva la

* Paolo Di Marzio ha redatto i paragrafi da 1 a 11, il paragrafo 17 e il paragrafo 20, Giovanni Armone i paragrafi 12, 18 e 19, Eleonora Reggiani i paragrafi da 13 a 15, Chiara Giammarco il paragrafo 16. Eleonora Reggiani ha curato anche il coordinamento del capitolo.

residenza abituale immediatamente prima del mancato rientro, sempre che non sussistano le condizioni indicate nell'art. 10 del Regolamento (CE) n. 2201 del 2003, fermo restando che, ai fini dell'applicazione della lett. b) di tale articolo – il quale, a determinate condizioni, attribuisce rilievo al soggiorno del minore per almeno un anno nello Stato in cui è trattenuto – non si può tenere conto della permanenza successiva alla data della proposizione della domanda, dovendosi dare applicazione al principio della *perpetuatio jurisdictionis*, contemplato (oltre che dal nostro ordinamento, anche) dal menzionato Regolamento, come si evince dalla disciplina generale, contenuta all'art. 8, comma 1, dello stesso (**Sez. U, n. 28329/2019, Cosentino, Rv. 656054-02**).

Nella stessa decisione la Cassazione ha deciso che in tema di giurisdizione sulle domande relative alla responsabilità genitoriale in ambito UE, qualora non vi sia coincidenza tra lo Stato di residenza abituale del minore e lo Stato in cui è stato instaurato il giudizio di separazione, il superiore e preminente interesse del minore impone di privilegiare il criterio della vicinanza, tenendo separati i due giudizi, atteso che, come chiarito dalla Corte di giustizia UE, nella sentenza del 16 luglio 2015, in causa C-184-14, il Regolamento (CE) n. 2201 del 2003 (cd. Regolamento Bruxelles II *bis*) disciplina tutte le decisioni in materia di responsabilità genitoriale indipendentemente da qualsiasi nesso con i procedimenti matrimoniali, operando un'espressa distinzione tra il contenzioso che attiene al divorzio, alla separazione personale o all'annullamento del matrimonio, e il contenzioso che riguarda l'attribuzione, l'esercizio, la delega o la revoca della responsabilità genitoriale, al quale soltanto è accessoria la vertenza sugli obblighi alimentari in favore del minore, ai sensi dell'art. 3, lett. d), del Regolamento CE n. 4 del 2009 (**Sez. U, n. 28329/2019, Cosentino, Rv. 656054-01**).

Ancora le Sezioni Unite hanno chiarito che, in tema di giurisdizione sulle domande inerenti la responsabilità genitoriale su figli minori non residenti abitualmente in Italia formulate nel giudizio di separazione o di divorzio introdotto dinanzi al giudice italiano, il criterio determinativo cogente della residenza abituale del minore, previsto dagli artt. 8, par. 1, del Regolamento CE n. 2201 del 2003, e 3 del Regolamento CE n. 4 del 2009, trova fondamento nel superiore e preminente interesse di quest'ultimo a che i provvedimenti che lo riguardano siano adottati dal giudice più vicino al luogo della sua residenza effettiva, nonché nell'esigenza di realizzare la concentrazione di tutte le azioni giudiziarie ad esso relative; tale criterio può essere derogato, sempre che ciò sia conforme all'interesse del minore ai sensi dell'art. 12 del citato Regolamento CE n. 2201 del 2003, soltanto ove alla data in cui il giudice è stato adito con la domanda di separazione o al momento della formazione del contraddittorio, sia intervenuta una esplicita ed univoca accettazione della giurisdizione da parte di entrambi i coniugi anche sulla materia della

responsabilità genitoriale, non essendo sufficiente la mera proposizione di difese o di domande riconvenzionali, la quale non integra una piena e inequivoca accettazione della giurisdizione ma esprime unicamente la legittima esplicazione del diritto di difesa (**Sez. U, n. 24608/2019, Bisogni, Rv. 655498-01**).

La Corte di legittimità ha specificato che, nel giudizio di divorzio il quale attenga anche all'affidamento ed alla collocazione di un figlio minorenni, al fine di determinare quale sia il giudice nazionale dotato di giurisdizione, deve aversi riguardo alla residenza della famiglia al momento della proposizione della domanda, rimanendo ininfluente il successivo trasferimento del figlio con un genitore all'estero (**Sez. 1, n. 15728/2019, Terrusi, Rv. 654457-01**).

La Cassazione ha pure chiarito che, in tema di provvedimenti in favore dei minori, ai sensi degli artt. 1 e 4 della Convenzione dell'Aja del 1961, resa esecutiva con la l. 24 ottobre 1980, n. 742, applicabile *ratione temporis*, la competenza giurisdizionale internazionale è attribuita, in via generale, allo Stato di dimora abituale del minore, operando il criterio dello Stato di cittadinanza in via del tutto residuale e sussidiaria quando lo Stato di dimora abituale risulti impossibilitato ad adottare i provvedimenti o resti al riguardo inerte e sia stata avvita una preventiva interlocuzione formale tra i due Stati. Ne consegue che non può essere riconosciuta in Italia una sentenza dello Stato di cittadinanza di una minore, che ne disponga il trasferimento nello Stato estero (Ucraina), ove la minore abbia dimora abituale in Italia, presso il padre convivente, in assenza degli elementi eccezionali e derogatori sopra indicati, atteso che, secondo quanto stabilito nell'art. 64, lettera a), della legge n. 218 del 1995, il provvedimento giurisdizionale estero può essere riconosciuto solo se pronunciato secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano (**Sez. 1, n. 22828/2019, Scalia, Rv. 655332-01**).

Infine, con riferimento alle ipotesi in cui sono violate le norme sulla litispendenza eurounitaria, la Corte di legittimità ha ritenuto che, nelle controversie in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale o di obbligazioni alimentari, qualora l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro successivamente adita abbia adottato una decisione poi divenuta definitiva, ancorché in violazione delle norme sulla litispendenza eurounitaria di cui all'art. 27 del Regolamento 44/2001/CE (concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) e all'art. 19 del Regolamento 2201/2003/CE (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale), tale violazione – in conformità a quanto affermato da Corte di Giustizia UE nella sentenza del 16 gennaio 2019, C-386/17 – non consente all'autorità giurisdizionale nazionale, pur preventivamente adita, di negare, per questo solo motivo, il riconoscimento dell'efficacia alla decisione straniera, il cui giudicato si faccia valere

incidentalmente nel processo preventivamente instaurato, trattandosi di norma processuale inerente la giurisdizione, esclusa dal parametro della manifesta contrarietà ad ordine pubblico (**Sez. 1, n. 13412/2019, Nazzicone, Rv. 654257-01**).

2. La separazione personale dei coniugi.

Significativa, in materia di separazione personale dei coniugi, appare la decisione mediante la quale la Suprema Corte ha statuito che il risarcimento del danno non patrimoniale per la morte del coniuge separato solo “di fatto” può essere accordato al coniuge superstite, purché si accerti che tra questo e la vittima sussista ancora – nonostante la separazione (ancorché non legalmente pronunciata) – un vincolo affettivo particolarmente intenso. In applicazione di tale principio, la Cassazione ha confermato la sentenza che aveva escluso il diritto della moglie al risarcimento del danno per l’uccisione del marito, il quale, pur senza addivenire alla separazione legale, aveva intrapreso una nuova relazione affettiva e, da oltre venti anni, cessato la convivenza e ogni altro rapporto con l’attrice (**Sez. 3, n. 28222/2019, Valle, Rv. 655783-01**).

Con riferimento agli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti reciproche attribuzioni patrimoniali e concernenti beni mobili o immobili, la Corte di legittimità ha inoltre precisato che rispondono ad uno specifico spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell’evento di separazione consensuale che svela una sua tipicità propria la quale, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all’art. 2901 c.c., può colorarsi dei tratti dell’obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della gratuità, in ragione dell’eventuale ricorrenza, o meno, nel concreto, dei connotati di una sistemazione solutorio-compensativa più ampia e complessiva, di tutta quella serie di possibili rapporti aventi significati, anche solo riflessi, patrimoniali maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale (**Sez. 2, n. 27409/2019, Picaroni, Rv. 655668-01**).

La medesima Corte ha pure chiarito, in relazione agli atti esecutivi degli accordi intervenuti tra i coniugi, sotto il controllo del giudice, per regolare i loro rapporti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio o alla separazione personale (compresi quelli aventi ad oggetto il riconoscimento o il trasferimento della proprietà, mobiliare o immobiliare, all’uno o all’altro di essi, o in favore dei figli), che l’agevolazione fiscale per la “prima casa” di cui all’art. 19 della legge n. 74 del 1987, spetta solo se i soggetti che li pongano in essere siano gli stessi coniugi che hanno concluso i suddetti accordi, e non anche terzi (**Sez. 1, n. 06522/2019, Caiazzo, Rv. 653629-02**).

Sempre in tema di agevolazioni cd. “prima casa”, la Corte di legittimità ha stabilito che il trasferimento ad un terzo dell’immobile acquistato profittando di tali agevolazioni, per effetto di un accordo tra coniugi in sede di separazione personale, non comporta la decadenza dai benefici fiscali, attesa la portata generale dell’art. 19 della l. n. 74 del 1987, che non distingue tra atti eseguiti all’interno della famiglia e nei confronti di terzi, e la *ratio* della disposizione, volta a favorire la complessiva negoziazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in occasione della crisi, escludendo che derivino ripercussioni fiscali sfavorevoli dagli accordi intervenuti in tale sede (**Sez. 5, n. 07966/2019, Nonno, Rv. 653055-01**).

In materia di separazione personale di fatto dei coniugi, il Giudice di legittimità ha statuito che, in tema di ICI, ai fini della detrazione prevista per l’abitazione principale dall’art. 8 del d.lgs. n. 504 del 1992 (come modif. dall’art. 1, comma 173, lett. b, della l. n. 296 del 2006, con decorrenza dal 1° gennaio 2007), il contribuente, il quale dimori in un immobile di cui sia proprietario (o titolare di altro diritto reale), deve provare che esso costituisce dimora abituale non solo propria, ma anche dei suoi familiari; pertanto, ove intervenga separazione personale di fatto dei coniugi, il diritto al beneficio permane solo in favore del residuo nucleo familiare convivente nell’abitazione, non più identificabile con la casa coniugale. Fattispecie in cui, a fronte di avvenuto trasferimento in altro Comune del coniuge della ricorrente, la Suprema Corte ha confermato la gravata sentenza che, venuta meno la convivenza tra i coniugi, aveva ritenuto ammissibile la detrazione per l’immobile soggetto a tassazione limitatamente al residuo nucleo familiare ivi abitualmente dimorante (**Sez. 5, n. 15439/2019, D’Ovidio, Rv. 654382-01**).

2.1. La separazione personale dei coniugi, *profili processuali*.

Sono risultate numerose, come di consueto, le pronunce della Cassazione in relazione ai profili processuali dei giudizi di separazione dei coniugi e divorzio.

La Suprema Corte, tra l’altro, offrendo riscontro che l’orientamento della giurisprudenza di legittimità, a fronte di incertezze verificatesi nel passato, è ormai consolidato, ha confermato che il decreto pronunciato dalla corte d’appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale in materia di modifica delle condizioni della separazione personale concernenti l’affidamento dei figli ed il rapporto con essi, ovvero la revisione delle condizioni inerenti ai rapporti patrimoniali fra i coniugi ed il mantenimento della prole, ha carattere decisorio e definitivo ed è, pertanto, ricorribile in cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost. (**Sez. 1, n. 12018/2019, Laura Tricomi, Rv. 653695-01**).

Inoltre, in tema di impugnazione della sentenza di separazione personale tra coniugi, la Corte di legittimità ha evidenziato che l’art. 23 della legge n. 74 del 1987,

in forza del quale *«l'appello è deciso in camera di consiglio»*, postula l'applicazione del rito camerale con riferimento all'intero giudizio di impugnazione, con la conseguenza che la proposizione dell'appello si perfeziona con il deposito del relativo ricorso in cancelleria nel termine perentorio di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c., costituendo, per converso, la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza un momento meramente esterno e successivo alla fattispecie processuale introduttiva del giudizio di impugnazione, funzionale soltanto all'instaurazione del contraddittorio. Nondimeno, ove l'appello sia stato introdotto con atto di citazione e non con ricorso, la nullità dell'impugnazione non risulta predicabile in applicazione del generale principio di conservazione degli atti processuali, sempre che l'atto viziato abbia i requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo ed il relativo deposito nella cancelleria del giudice adito sia avvenuto entro i termini perentori fissati dalla legge (**Sez. 6-1, n. 00403/2019, Valitutti, Rv. 652669-01**).

Il Giudice di legittimità ha poi statuito che la deroga della sospensione dei termini processuali nel periodo feriale, di cui all'art. 1 della l. n. 742 del 1969 prevista per le cause inerenti ad obblighi alimentari, non può essere estesa alle cause di separazione giudiziale dei coniugi, ancorché pendenti in fase d'impugnazione con riguardo anche alle statuizioni adottate in materia di alimenti (**Sez. 1, n. 01874/2019, Genovese, Rv. 652681-01**).

In materia di separazione personale consensuale dei coniugi, ha deciso ancora la Cassazione, deve essere dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal Pubblico Ministero nei confronti di una decisione avente ad oggetto una questione connessa all'omologazione della separazione, riguardante le modalità di trasmissione dell'ipoteca giudiziale al cessionario del credito accertato con provvedimento giudiziario perché, nelle cause di separazione coniugale, la legge non attribuisce al Pubblico Ministero un potere di azione, essendo solo previsto, dall'art. 70, comma 1, n. 2, c.p.c., il suo intervento in causa. Nella specie, il Giudice di legittimità ha reputato inammissibile l'impugnazione proposta dal P.M. in una causa avente ad oggetto l'accertamento della regolare iscrizione di un'ipoteca giudiziale da parte del coniuge separato, cessionario di un credito di cui era titolare il marito (**Sez. 1, n. 06522/2019, Caiazzo, Rv. 653629-01**).

Ai fini dell'individuazione del tribunale territorialmente competente sulla domanda di separazione personale, ha sottolineato la Cassazione, l'art. 706, comma 1, c.p.c. impone, quale criterio principale di collegamento, l'ultima residenza comune dei coniugi, potendo trovare applicazione il criterio subordinato della residenza o del domicilio del convenuto solo nell'ipotesi in cui non vi sia mai stata convivenza (**Sez. 6-1, n. 13569/2019, Lamorgese, Rv. 654300-01**).

La Suprema Corte ha pure confermato che la proposizione della domanda di modifica delle condizioni della separazione personale dei coniugi è ammissibile

anche qualora risulti pendente il giudizio di divorzio, a meno che il giudice del divorzio non abbia adottato provvedimenti temporanei e urgenti nella fase presidenziale o istruttoria. Nella specie, la Corte d'appello aveva dichiarato inammissibile la richiesta di modifica dell'assegno sol perché proposta nel corso del giudizio di divorzio, sebbene in questo giudizio non fosse stato adottato alcun provvedimento provvisorio in merito (**Sez. 1, n. 27205/2019, Lamorgese, Rv. 655772-01**).

3. Il contributo al mantenimento del coniuge, il risarcimento del danno per la violazione dei doveri coniugali e l'addebito della separazione.

In materia di provvedimenti accessori alla separazione personale dei coniugi, merita di essere segnalata, tra le decisioni di maggior rilievo del 2019, quella mediante la quale, pronunciando in tema di assegno da corrispondere in favore del coniuge richiedente, premesso che la separazione personale, a differenza dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, presuppone la permanenza del vincolo coniugale, la Cassazione ha confermato che i *redditi adeguati* cui va rapportato, ai sensi dell'art. 156 c.c., l'assegno di mantenimento a favore del coniuge istante, in assenza della condizione ostativa dell'addebito, sono quelli necessari a *mantenere il tenore di vita* goduto in costanza di matrimonio, essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale, che non presenta alcuna incompatibilità con tale situazione temporanea, dalla quale deriva solo la sospensione degli obblighi di natura personale di fedeltà, convivenza e collaborazione, ed ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio (**Sez. 6-1, n. 16809/2019, Iofrida, Rv. 654373-01**).

Merita anche di essere segnalata, perché suscettibile di trovare plurime applicazioni, la decisione con la quale la Corte di legittimità ha affermato che la *violazione del dovere di fedeltà* derivante dal matrimonio non risulta sanzionata unicamente con le misure tipiche del diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, ma possa dar luogo al *risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c.*, senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia a ciò preclusiva, sempre che la condizione di afflizione indotta nel coniuge superi la soglia della tollerabilità e si traduca, per le sue modalità o per la gravità dello sconvolgimento che provoca, nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto, quale, in ipotesi, quello alla salute o all'onore o alla dignità personale.

Nel caso in esame, però, la Cassazione ha confermato la sentenza mediante la quale era stato escluso non solo, in radice, che la violazione del dovere di fedeltà fosse stata causa della separazione, avendo la moglie svelato al marito il tradimento solo mesi dopo la separazione, ma pure che il tradimento, per le sue modalità, avesse

recato un apprezzabile pregiudizio all'onore o alla dignità del coniuge, in quanto non noto neppure nell'ambiente circostante e di lavoro e comunque non posto in essere con modalità lesive della dignità della persona (**Sez. 3, n. 06598/2019, Rubino, Rv. 652847-01**).

Pronunciando in materia di trasferimento della proprietà di un bene in adempimento dell'obbligo di mantenimento, la Corte di legittimità ha statuito che l'atto con il quale un coniuge, in esecuzione degli accordi intervenuti in sede di separazione consensuale, trasferisca all'altro il diritto di proprietà (ovvero costituisca diritti reali minori) su un immobile è suscettibile di azione revocatoria ordinaria, non trovando tale azione ostacolo né nell'avvenuta omologazione dell'accordo suddetto – cui resta estranea la funzione di tutela dei terzi creditori e che, comunque, lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione – né nella circostanza che l'atto sia stato posto in essere in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o di contribuzione al mantenimento dei figli, venendo nella specie in contestazione non già la sussistenza dell'obbligo in sé, di fonte legale, ma le concrete modalità di assolvimento del medesimo, convenzionalmente stabilite dalle parti. Ai fini dell'applicazione della differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., ha precisato la Corte, occorre verificare in concreto se l'atto si inserisca, o meno, nell'ambito di una più ampia sistemazione “solutorio-compensativa” di tutti i rapporti aventi riflessi patrimoniali, maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale. In applicazione del principio enunciato, la Cassazione ha quindi confermato la sentenza di merito che, dopo aver qualificato come avente titolo oneroso l'atto con il quale un coniuge, modificando gli originari accordi raggiunti in sede di separazione consensuale, aveva ceduto all'altro la propria quota di proprietà su alcuni immobili, ne aveva escluso la revocabilità ai sensi dell'art. 2901 c.c., da un lato, sulla base del fatto che i coniugi, con la suddetta modifica, avevano inteso ristrutturare gli equilibri patrimoniali scaturenti dalla separazione per effetto di circostanze sopravvenute e, dall'altro, in ragione dell'antiorità della crisi coniugale – e dei correlativi trasferimenti patrimoniali – rispetto all'aggravarsi della situazione debitoria del coniuge alienante (**Sez. 3, n. 10443/2019, Gianniti, Rv. 653582-01**).

In un'altra pronuncia, la Corte di legittimità ha ritenuto che, ai fini dell'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2901 c.c., per stabilire se il trasferimento immobiliare, posto in essere da un coniuge in favore dell'altro in esecuzione degli accordi intervenuti in sede di separazione consensuale, costituisca atto solutorio dell'obbligo di mantenimento, assume rilevanza la disparità economica tra i coniugi, la quale deve essere dedotta non solo dalla valutazione dei redditi, ma da ogni altro elemento di carattere economico, o suscettibile di apprezzamento economico, idoneo ad incidere sulle condizioni delle parti. In questo caso, in applicazione del principio, la Suprema Corte ha cassato la sentenza che

aveva qualificato come oneroso l'atto con il quale il marito, nell'ambito della separazione consensuale, aveva trasferito la propria quota di comproprietà sull'immobile adibito a casa coniugale alla moglie, senza verificare se quest'ultima avesse titolo per il mantenimento e senza tenere conto di quale sarebbe stata la situazione patrimoniale del marito all'esito della separazione, considerato che la moglie aveva già percepito la metà dei risparmi comuni, dei titoli azionari ed obbligazionari acquistati da entrambi i coniugi durante il matrimonio e risultava già comproprietaria dell'altra quota dell'immobile adibito a residenza familiare (**Sez. 3, n. 17908/2019, Gorgoni, Rv. 654438-01**).

3.1. L'addebito della separazione e la riconciliazione, *profili processuali*.

In materia di separazione personale dei coniugi, ha chiarito il Giudice di legittimità, la domanda di addebito della separazione può essere introdotta per la prima volta con la memoria integrativa di cui all'art. 709, comma 3, c.p.c., in ragione della natura bifasica del giudizio, per cui alla finalità conciliativa propria della fase innanzi al presidente del tribunale segue, nell'infruttuosità della prima, quella contenziosa dinanzi al giudice istruttore, introdotta in applicazione di un sistema di norme processuali che mutua, per contenuti e scansioni, le forme del giudizio ordinario di cognizione, il tutto nell'ambito di una più ampia procedura segnata, nel passaggio tra la fase di conciliazione dei coniugi e quella contenziosa, da una progressiva formazione della *vocatio in ius* (**Sez. 1, n. 17590/2019, Scalia, Rv. 654460-01**).

La Cassazione ha poi chiarito che la parte la quale ha interesse, a seguito dell'intervenuta separazione personale, a far accertare l'*avvenuta riconciliazione* dei coniugi, ha l'onere di fornire una prova piena e incontrovertibile, che il giudice di merito è chiamato a verificare, tenendo presente che, in mancanza di una dichiarazione espressa di riconciliazione, gli effetti della separazione cessano soltanto col fatto della *coabitazione*, la quale non può ritenersi ripristinata per la sola sussistenza di ripetute occasioni di incontro e di frequentazione, ove le stesse non depongano per una reale e concreta ripresa delle relazioni materiali e spirituali. Il relativo apprezzamento, effettuato seguendo i criteri appena riportati, non può essere oggetto di sindacato di legittimità, in presenza di una motivazione adeguata ed esaustiva (**Sez. 6-1, n. 20323/2019, Bisogni, Rv. 654966-02**).

Infine, in una causa di separazione personale tra i coniugi (nella specie separazione consensuale), nel valutare le condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ha deciso la Suprema Corte, si deve escludere dal cumulo dei redditi familiari il solo reddito dell'altro coniuge, e non anche quello dei figli conviventi, essendo esclusivamente il coniuge in conflitto di interessi con l'altro che

ha promosso l'azione o che è convenuto (**Sez. 2, n. 20385/2019, Besso Marcheis, Rv. 654888-01**).

4. Il divorzio, *profili processuali*.

Nel giudizio di divorzio, e in caso di adozione di sentenza non definitiva sullo *status*, ha chiarito la Cassazione, non trova applicazione l'art. 190 c.p.c., venendo in rilievo la disciplina speciale dell'art. 4 della legge n. 898 del 1970 (come modificato dall'art. 8 l. n. 74 del 1987), che consente al giudice istruttore di rimettere la causa al collegio per la relativa decisione, quando il giudizio debba proseguire per la determinazione dell'assegno, così accelerando la procedura di accertamento dei presupposti per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, non solo quando la domanda non sia contestata, ma anche quando vi sia disaccordo delle parti sul punto, essendo tale disciplina finalizzata a scoraggiare quelle condotte processuali defatigatorie, volte a procrastinare la statuizione sulla modifica dello *status* (**Sez. 6-1, n. 20323/2019, Bisogni, Rv. 654966-01**).

La Corte di legittimità ha inoltre precisato che, nello stesso giudizio, alla natura contenziosa del procedimento sin dall'origine, non si accompagna la configurabilità dell'udienza presidenziale di comparizione dei coniugi in termini corrispondenti a quelli dell'udienza prevista dall'art. 180 c.p.c., sicché a tutti i fini che concernono i termini di costituzione del coniuge convenuto e la decadenza dello stesso dalla formulazione delle domande riconvenzionali, è rilevante esclusivamente l'udienza innanzi al giudice istruttore nominato all'esito della fase presidenziale (**Sez. 2, n. 20383/2019, Picaroni, Rv. 654887-01**).

5. L'assegno divorzile.

Numerose e rilevanti, nell'anno 2019, le pronunce della Suprema Corte in materia di assegno divorzile in favore dell'*ex* coniuge, occorrendo chiarire le modalità di applicazione dei criteri di quantificazione dell'assegno indicati dalle Sezioni Unite nell'anno precedente (**Sez. U, n. 18287/2018, Acierno, Rv. 650267-01, Rv. 650267-02 e Rv. 650267-03**).

In un'importante pronuncia, la Cassazione ha riassuntivamente statuito che *i criteri attributivi e determinativi dell'assegno divorzile non dipendono dal tenore di vita godibile durante il matrimonio*, operando lo squilibrio economico patrimoniale tra i coniugi unicamente come preconditione fattuale, il cui accertamento è necessario per l'applicazione dei parametri di cui all'art. 5, comma 6, prima parte, della l. n. 898 del 1970, in ragione della finalità composita – *assistenziale perequativa e compensativa* – del detto assegno. Nella specie la Corte di legittimità ha cassato la sentenza impugnata che, nel riconoscere l'assegno di divorzio, aveva fondato il proprio accertamento

esclusivamente sul criterio del tenore di vita godibile durante il matrimonio, senza verificare l'incidenza in concreto dei parametri integrati (**Sez. 1, n. 32398/2019, Acierno, Rv. 656129-01**).

La Cassazione ha pure confermato che il riconoscimento dell'assegno di divorzio in favore dell'*ex* coniuge, cui deve attribuirsi una *funzione assistenziale* ed in pari misura *compensativa e perequativa*, ai sensi dell'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, richiede, ai fini dell'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi dell'*ex* coniuge istante e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, l'applicazione dei criteri contenuti nella prima parte della norma, i quali costituiscono, in posizione equiordinata, i parametri a cui occorre attenersi per decidere sia sull'attribuzione e sia sulla quantificazione dell'assegno.

Secondo la Suprema Corte, il giudizio, premessa la valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, avrà ad oggetto, in particolare, il contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune e di quello personale di ciascuno degli *ex* coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto.

In applicazione del principio enunciato, il Giudice di legittimità ha poi confermato la decisione della Corte di merito che, attenendosi ai criteri di cui sopra, ha considerato, nella determinazione dell'assegno, sia il presupposto assistenziale derivante dalla mancanza di attività lavorativa della moglie, sia quello perequativo, valutandone l'apporto al *ménage* familiare riconnesso alla cura del figlio autistico (**Sez. 1, n. 01882/2019, Sambito, Rv. 652412-01**).

La determinazione dell'assegno divorzile in favore dell'*ex* coniuge in misura superiore a quella prevista in sede di separazione personale, in assenza di un mutamento nelle condizioni patrimoniali delle parti, ha statuito la Cassazione, non è conforme alla natura giuridica dell'obbligo, presupponendo l'assegno di separazione la permanenza del vincolo coniugale e, conseguentemente, la correlazione dell'adeguatezza dei redditi con il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio; al contrario tale parametro non rileva in sede di fissazione dell'assegno divorzile, che deve invece essere quantificato in considerazione della sua natura assistenziale, compensativa e perequativa, secondo i criteri indicati all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, essendo volto non alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'*ex* coniuge beneficiario alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli *ex* coniugi (**Sez. 1, n. 17098/2019, Caiazzo, Rv. 654639-01**).

La Corte di legittimità ha quindi specificato che, ai fini dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno divorzile, si deve tenere conto della funzione assistenziale e, a determinate condizioni, anche compensativo-perequativa cui tale assegno assolve. Da ciò consegue che, nel valutare l'inadeguatezza dei mezzi dell'*ex*

coniuge che ne faccia richiesta, o l'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, si deve tener conto, utilizzando i criteri di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, sia della impossibilità di vivere autonomamente e dignitosamente da parte di quest'ultimo, sia della necessità di compensarlo per il particolare contributo, che dimostri di avere dato, alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge durante la vita matrimoniale, senza che abbiano rilievo, da soli, lo squilibrio economico tra le parti e l'alto livello reddituale dell'altro *ex* coniuge, tenuto conto che la differenza reddituale è coesenziale alla ricostruzione del tenore di vita matrimoniale, ma è oramai irrilevante ai fini della determinazione dell'assegno divorzile, e l'entità del reddito dell'altro *ex* coniuge non giustifica, di per sé, la corresponsione di un assegno in proporzione delle sue sostanze (**Sez. 1, n. 21234/2019, Lamorgese, Rv. 655296-01**).

L'assegno divorzile ha una imprescindibile funzione assistenziale, ma anche e in pari misura, ha ribadito la Corte di legittimità, compensativa e perequativa. Pertanto, qualora vi sia uno squilibrio effettivo, e di non modesta entità, tra le condizioni economico-patrimoniali degli *ex* coniugi, occorre accertare se tale squilibrio sia riconducibile alle scelte comuni di conduzione della vita familiare, alla definizione dei ruoli all'interno della coppia e al sacrificio delle aspettative di lavoro di uno dei due. Laddove, però, risulti che l'intero patrimonio dell'*ex* coniuge richiedente l'assegno sia stato formato durante il matrimonio con il solo apporto dei beni dell'altro, si deve ritenere che sia stato già riconosciuto il ruolo endofamiliare dallo stesso svolto e – tenuto conto della composizione, dell'entità e dell'attitudine all'accrescimento di tale patrimonio – sia stato già compensato il sacrificio delle aspettative professionali oltre che realizzata, con tali attribuzioni, l'esigenza perequativa, per cui non è dovuto, in tali peculiari condizioni, l'assegno di divorzio (**Sez. 1, n. 21926/2019, Acierno, Rv. 655300-01**).

5.1. L'assegno divorzile, *profili processuali*.

I profili processuali del giudizio in materia di attribuzione dell'assegno divorzile in favore dell'*ex* coniuge hanno richiesto anch'essi una pluralità di pronunce della Cassazione e pure in questo caso la Corte è dovuta intervenire, anche per precisare le modalità mediante le quali debbano trovare applicazione i principi affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza sopra richiamata, secondo la quale l'assegno divorzile ha funzione assistenziale, ma anche compensativa e perequativa (Sez. U, n. 18287/2018, Acierno, Rv. 650267-01, Rv. 650267-02 e Rv. 650267-03).

Al proposito, nell'ambito di un giudizio riguardante l'attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio, la Corte di legittimità ha affermato il principio secondo cui la cassazione della pronuncia impugnata con rinvio per un

vizio di violazione o falsa applicazione di legge che reimposti in virtù di un nuovo orientamento interpretativo i termini giuridici della controversia, così da richiedere l'accertamento di fatti, intesi in senso storico e normativo, non trattati dalle parti e non esaminati dal giudice del merito, impone, perché si possa dispiegare effettivamente il diritto di difesa, che le parti siano rimesse nei poteri di allegazione e prova, conseguenti alle esigenze istruttorie che derivano dal nuovo principio di diritto da applicare in sede di giudizio di rinvio (**Sez. 1, n. 11178/2019, Campese, Rv. 653954-01**).

Nel giudizio di divorzio, ha poi confermato la Suprema Corte, qualora il giudice del merito ritenga comunque raggiunta la prova dell'insussistenza dei presupposti che condizionano il riconoscimento dell'assegno di divorzio, può direttamente procedere al rigetto della relativa istanza, anche senza aver prima disposto accertamenti d'ufficio attraverso la polizia tributaria, atteso che l'esercizio del potere officioso di disporre, per il detto tramite, indagini sui redditi e sui patrimoni dei coniugi e sul loro effettivo tenore di vita rientra nella sua discrezionalità, non trattandosi di un adempimento imposto dall'istanza di parte, purché esso sia correlabile, anche per implicito, ad una valutazione di superfluità dell'iniziativa e di sufficienza dei dati istruttori acquisiti. Nella specie la Cassazione ha rilevato che il giudice di merito, nell'esercizio delle attribuzioni che gli sono proprie, sulla base degli elementi in atti ed esponendo una motivazione di ordine deduttivo, aveva ritenuto dimostrato il possesso, da parte dell'onere, di un reddito idoneo a sostenere l'assegno, nella misura concordata negli stessi coniugi a modifica delle condizioni di separazione, per la sola prole (**Sez. 6-1, n. 08744/2019, Nazzicone, Rv. 653606-01**).

La natura e la funzione dei provvedimenti diretti a regolare i rapporti economici tra i coniugi in conseguenza del divorzio, così come quelli attinenti al regime di separazione, ha ribadito la Corte di legittimità, postulano la possibilità di adeguare l'ammontare del contributo al variare nel corso del giudizio delle loro condizioni patrimoniali e reddituali, e anche, eventualmente, di modularne la misura secondo diverse decorrenze riflettenti il verificarsi di dette variazioni (oltre che di disporre la modifica in un successivo giudizio di revisione), con la conseguenza che il giudice d'appello, nel rispetto del principio di disponibilità e di quello generale della domanda, è tenuto a considerare l'evoluzione delle condizioni delle parti verificatasi nelle more del giudizio (**Sez. 1, n. 09533/2019, Pazzi, Rv. 653118-01**).

La Cassazione ha poi confermato che la *revisione dell'assegno divorzile* di cui all'art. 9 della l. n. 898 del 1970 postula l'accertamento di una sopravvenuta modifica delle condizioni economiche degli *ex* coniugi, idonea a mutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno secondo una valutazione comparativa delle condizioni suddette di entrambe le parti.

In particolare, in sede di revisione, il giudice non può procedere ad una nuova ed autonoma valutazione dei presupposti o della entità dell'assegno, sulla base di una diversa ponderazione delle condizioni economiche delle parti già compiuta in sede di sentenza divorzile ma, nel pieno rispetto delle valutazioni espresse al momento della attribuzione dell'emolumento, deve limitarsi a verificare se, ed in che misura, le circostanze sopravvenute e provate dalle parti abbiano alterato l'equilibrio così raggiunto e adeguare l'importo o lo stesso obbligo della contribuzione alla nuova situazione patrimoniale-reddituale accertata (**Sez. 1, n. 11177/2019, Campese, Rv. 653477-01**).

La declaratoria di inammissibilità della domanda volta al riconoscimento dell'assegno di divorzio, proposta tardivamente nel giudizio relativo allo scioglimento del vincolo matrimoniale, ha poi confermato la Suprema Corte, non ne limita la proponibilità in separato giudizio, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 898 del 1970, pur in mancanza di fatti sopravvenuti, trattandosi di pronuncia processuale inidonea alla produzione del giudicato perché impeditiva dell'esame nel merito della domanda (**Sez. 1, n. 17102/2019, Scalia, Rv. 654640-01**).

6. Il regime patrimoniale della famiglia: comunione legale dei beni, fondo patrimoniale, *trust* e impresa familiare.

In materia di regime patrimoniale della famiglia, la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi ripetutamente, nel corso dell'anno 2019, anche in relazione ad istituti non usuali, che tuttavia originano numerosi contenziosi, come il fondo patrimoniale o il *trust* familiare, esaminando inoltre questioni connesse anche di diritto tributario.

In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato che la natura di "comunione senza quote" della comunione legale dei coniugi comporta che l'espropriazione per crediti personali di uno solo di essi di uno o più beni in comunione abbia ad oggetto la *res* nella sua interezza, e non per la metà o per una quota, con la conseguenza che, in ipotesi di divisione, è esclusa l'applicabilità sia della disciplina sull'espropriazione dei beni indivisi (artt. 599 ss. c.p.c.) sia di quella contro il terzo non debitore. La Cassazione ha così chiarito che non è consentito al giudice disporre la separazione, ai sensi dell'art. 600 c.p.c., della quota spettante al coniuge comproprietario non debitore, né circoscrivere la vendita ad una porzione del tutto, poiché si deve procedere *ex art. 720 c.c.* alla vendita o all'attribuzione dell'intero complesso, nel caso in cui non sia comodamente divisibile, che costituisce una singola unità immobiliare in comunione (**Sez. 2, n. 02047/2019, Fortunato, Rv. 652625-01**).

Sempre in tema di regime patrimoniale della famiglia, la Cassazione ha precisato che la disciplina dell'amministrazione dei beni oggetto della comunione legale, di cui agli artt. 180 e ss. c.c., presuppone, per la sua operatività, che il bene sia già oggetto

della comunione. Pertanto, l'annullamento dell'atto per violazione della regola dell'operare congiunto dei coniugi – la cui osservanza è necessaria ai fini della validità degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione – può essere chiesto dal coniuge che non ha dato il necessario consenso, quando si tratta di negozi ad efficacia reale od obbligatoria diretti all'alienazione o alla costituzione di diritti reali su beni immobili o su beni mobili registrati, mentre non colpisce gli atti di acquisto. Nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto che il richiamo alla disciplina del termine annuale dell'azione di annullamento *ex art. 184 c.c.*, dettato in tema di atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro coniuge, non fosse pertinente, perché l'attrice aveva agito non per l'annullamento di una compravendita, ma per rivendicare la sua quota del 50% sull'operato acquisto, sul presupposto della piena validità ed efficacia di quell'atto nella vigenza del regime patrimoniale di comunione legale (**Sez. 2, n. 21650/2019, Giusti, Rv. 655209-03**).

In caso di acquisto di un immobile dopo il matrimonio da parte di uno dei coniugi in regime di comunione legale, ha poi affermato la Corte di legittimità, la partecipazione all'atto dell'altro coniuge non acquirente, prevista dall'art. 179, comma 2, c.c., si pone come condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'esclusione del bene dalla comunione, occorrendo a tal fine non solo il concorde riconoscimento, da parte dei coniugi, della natura personale del bene, richiesto esclusivamente in funzione della necessaria documentazione di tale natura, ma anche l'effettiva sussistenza di una delle cause di esclusione dalla comunione, tassativamente indicate dall'art. 179, comma 1, lett. c), d) ed f), c.c. Ne consegue che l'eventuale inesistenza di tali presupposti può essere fatta valere con una successiva azione di accertamento negativo, non risultando preclusa tale domanda dal fatto che il coniuge non acquirente sia intervenuto nel contratto per aderirvi. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda di cancellazione della trascrizione della sentenza di fallimento su alcuni immobili acquistati dal coniuge del soggetto fallito, il quale era intervenuto nell'atto di compravendita riconoscendo la natura personale di detti beni (**Sez. 2, n. 07027/2019, Federico, Rv. 652942-01**).

Invece, per l'esecuzione in forma specifica, a norma dell'art. 2932 c.c., di un preliminare di vendita di un bene immobile rientrante nella comunione legale dei coniugi, ha specificato la Corte di legittimità, non è necessaria la sottoscrizione di entrambi i promittenti venditori, ma è sufficiente il consenso del coniuge non stipulante, traducendosi la mancanza di detto consenso in un vizio di annullabilità da far valere, ai sensi dell'art. 184 c.c., nel rispetto del principio generale della buona fede e dell'affidamento, entro il termine di un anno, decorrente dalla conoscenza dell'atto o dalla trascrizione (**Sez. 2, n. 20439/2019, Varrone, Rv. 654890-01**).

In tema di disciplina del fondo patrimoniale, la Corte di legittimità ha statuito che, pur in presenza di figli minori, la preventiva autorizzazione del giudice al compimento di atti di disposizione, indicati nell'art. 169 c.c., è applicabile solo in mancanza di un'espressa pattuizione in deroga contenuta nell'atto di costituzione del fondo (**Sez. 1, n. 22069/2019, Laura Tricomi, Rv. 655267-02**).

Inoltre, la mancata annotazione dell'atto di costituzione di un bene in fondo patrimoniale a margine dell'atto di matrimonio, ovvero il difetto della relativa prova, risultano irrilevanti al fine di paralizzare l'azione revocatoria promossa avverso l'iscrizione di un bene immobile nel fondo, ha spiegato la Cassazione, perché il sistema di pubblicità di cui all'art. 163, comma 3, c.c., fondato sull'annotazione, ha la finalità di rendere la convenzione matrimoniale opponibile ai terzi, ma l'azione revocatoria non ha tra i suoi elementi costitutivi la circostanza che l'atto in relazione al quale è domandata sia opponibile ai creditori (**Sez. 6-3, n. 06450/2019, Francesco Maria Cirillo, Rv. 653439-01**).

Tuttavia, in presenza di un atto di costituzione del fondo patrimoniale trascritto nei pubblici registri immobiliari, ma annotato a margine dell'atto di matrimonio successivamente all'iscrizione di ipoteca sui beni del fondo medesimo, ha chiarito la Suprema Corte, l'esistenza del fondo non è opponibile al creditore ipotecario, perché la costituzione del fondo patrimoniale, di cui all'art. 167 c.c., è soggetta alle disposizioni dell'art. 162 c.c. in materia di forme delle convenzioni matrimoniali, ivi inclusa quella di cui al quarto comma, che ne condiziona l'opponibilità ai terzi all'annotazione del relativo contratto a margine dell'atto di matrimonio, mentre la trascrizione del vincolo per gli immobili, ai sensi dell'art. 2647 c.c., resta degradata a mera pubblicità-notizia e non sopperisce al difetto di annotazione nei registri dello stato civile, che non ammette deroghe o equipollenti, restando irrilevante la conoscenza che i terzi abbiano acquisito altrimenti della costituzione del fondo (**Sez. 1, n. 12545/2019, Laura Tricomi, Rv. 654246-01**).

Il richiamo, nell'ambito dell'accordo con il quale i coniugi fissano consensualmente le condizioni della separazione, ad un precedente atto di costituzione di fondo patrimoniale non determina il venir meno della natura gratuita di quest'ultimo il quale, pertanto, è suscettibile di revocatoria ordinaria ai sensi dell'art. 2901, comma 1, n. 1, c.c., ha chiarito il Giudice di legittimità, non trovando tale azione ostacolo né nell'avvenuta omologazione dell'accordo suddetto – cui resta estranea la funzione di tutela dei terzi creditori e che, comunque, lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione – né nella pretesa inscindibilità di tale pattuizione dal complesso delle altre condizioni della separazione, né, infine, nella circostanza che la costituzione del fondo patrimoniale sia stata pattuita in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o di contribuzione al mantenimento dei figli, venendo nella specie in contestazione non

già la sussistenza dell'obbligo in sé, di fonte legale, ma le concrete modalità di assolvimento del medesimo, convenzionalmente stabilite dalle parti (**Sez. 3, n. 09798/2019, Fiecconi, Rv. 653423-02**).

La Cassazione ha anche ribadito (conforme, Sez. 3, n. 19376/2017, Barreca, Rv. 645384-03) che l'istituzione di *trust* familiare non integra, di per sé, adempimento di un dovere giuridico, non essendo obbligatoria per legge, ma configura – ai fini della revocatoria ordinaria – un atto a titolo gratuito, non trovando contropartita in un'attribuzione in favore dei disponenti. In applicazione del principio, la Cassazione ha ritenuto esente da critiche la sentenza che, qualificando come gratuito l'atto costitutivo di un *trust* finalizzato al soddisfacimento dei bisogni e delle esigenze dello stesso disponente e dei suoi familiari, aveva ritenuto non necessaria, ai fini dell'azione revocatoria, la consapevolezza, da parte dei terzi beneficiari, del pregiudizio che esso arrecava alle ragioni dei creditori (**Sez. 3, n. 09320/2019, Gianniti, Rv. 653273-01**).

Con riferimento al principio generale dell'accessione, posto dall'art. 934 c.c., in base al quale il proprietario del suolo acquista *ipso iure*, al momento dell'incorporazione, la proprietà della costruzione su di esso edificata, la Corte di legittimità ha ritenuto che tale principio non trova deroga nella disciplina della comunione legale tra coniugi, in quanto l'acquisto della proprietà per accessione avviene a titolo originario senza la necessità di un'apposita manifestazione di volontà, mentre gli acquisti ai quali è applicabile l'art. 177, comma 1, c.c. hanno carattere derivativo, essendone espressamente prevista una genesi di natura negoziale, con la conseguenza che la costruzione realizzata in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale da entrambi i coniugi sul terreno di proprietà personale esclusiva di uno di essi è a sua volta proprietà personale ed esclusiva di quest'ultimo, mentre al coniuge non proprietario, che abbia contribuito all'onere della costruzione, deve riconoscersi, previo assolvimento dell'onere della prova di avere fornito il proprio sostegno economico, il diritto di ripetere nei confronti dell'altro coniuge le somme spese a tal fine (**Sez. 1, n. 28258/2019, Marulli, Rv. 655630-01**).

In tema di amministrazione dei beni dei figli, infine, il giudice di legittimità ha anche precisato che, al di fuori dei casi specificamente individuati ed inquadrati nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione dall'art. 320 c.c., devono essere considerati di ordinaria amministrazione gli atti che presentino tutte e tre le seguenti caratteristiche: 1) siano oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio in questione; 2) abbiano un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto e soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo; 3) comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto. Vanno invece

considerati di straordinaria amministrazione gli atti che non presentino tutte e tre queste caratteristiche (**Sez. 3, n. 08461/2019, Di Florio, Rv. 653267-01**).

Passando alle pronunce della Suprema Corte che hanno esaminato i risvolti in materia tributaria del regime patrimoniale della famiglia, assume senza dubbio rilievo **Sez. 5, n. 03454/2019, Guida, Rv. 652504-01**, ove la Corte di legittimità ha chiarito che i familiari collaboratori non sono contitolari dell'impresa familiare, ai fini dell'imposta locale sui redditi (ILOR), ed i proventi loro imputati sono redditi di puro lavoro, non assimilabili a quelli d'impresa, con la conseguenza che – indipendentemente dalla natura del lavoro stesso, sia esso dipendente, autonomo o equiparato – devono essere esclusi dall'assoggettamento ad ILOR, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a), del d.P.R. n. 599 del 1973 (come emendato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 42 del 1980), dovendosi pertanto ritenere che l'art. 115 del T.U. approvato con d.P.R. n. 917 del 1986, che espressamente prevede detta esclusione, ha valore meramente ricognitivo di una disposizione già emergente dal sistema, col corollario che la sua applicabilità prescinde dalle disposizioni di diritto intertemporale dettate dall'art. 36 del d.P.R. n. 42 del 1988 con riguardo alle sole previsioni innovative del citato testo unico.

Sempre con riferimento all'impresa familiare, ma in tema di IRAP, la Corte di legittimità ha ritenuto che la prestazione svolta dal promotore finanziario non è qualificabile automaticamente come attività di impresa, di per sé assoggettata ad imposta, ma, anche alla stregua dell'interpretazione costituzionalmente orientata fornita dalla Corte costituzionale con sentenza n. 156 del 2001, richiede una valutazione complessiva, da parte del giudice di merito, degli elementi di fatto offerti dalla fattispecie concreta, poiché essa, a norma dell'art. 31 del d.lgs. n. 58 del 1998, può essere svolta “in qualità di dipendente, agente o mandatario” e, quindi, può assumere connotati variabili tra la figura del lavoro subordinato dipendente, esente da imposta, quella del lavoro autonomo, assoggettabile ad imposta solo in presenza di un'autonoma organizzazione, e quella dell'attività d'impresa, pacificamente sottoposta ad imposizione. Il Giudice di legittimità, nel caso di specie, ha cassato la decisione di merito che – erroneamente presumendo l'apporto meramente esecutivo, quale quello di segretaria o affine, della collaborante ad impresa familiare, il cui titolare svolgeva attività di promotore finanziario – aveva escluso il presupposto impositivo dell'autonoma organizzazione in presenza dell'effettivo e continuativo apporto fornito dalla moglie del contribuente, cui era attribuito un reddito d'impresa nella misura del 49% (**Sez. 6-5, n. 22469/2019, Esposito, Rv. 655080-01**).

6.1. Il regime patrimoniale della famiglia, *profili processuali*.

In tema di esecuzione in forma specifica *ex art.* 2932 c.c. di contratto preliminare stipulato da promittente venditore sposato in regime di comunione legale dei beni senza il consenso dell'altro coniuge, quest'ultimo deve considerarsi litisconsorte necessario nel relativo giudizio, ha statuito il Giudice di legittimità, essendo egli comproprietario per l'intero della cosa, con la conseguenza che, qualora in appello non siano state rilevate, anche di ufficio, la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del detto coniuge pretermesso, e pertanto la nullità del processo svoltosi, la decisione emessa va cassata con rinvio al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c. (**Sez. 2, n. 08040/2019, Falaschi, Rv. 653029-01**).

Con riferimento invece alla promessa in vendita in favore di uno solo dei coniugi in comunione legale di beni, la Suprema Corte ha ritenuto che l'azione diretta all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di stipulare il contratto definitivo, stante la sua natura personale, deve essere sperimentata soltanto nei confronti di chi ha assunto l'obbligazione e che unico legittimato ad agire per l'esecuzione in forma specifica è il promissario compratore, sicché il coniuge di quest'ultimo in regime di comunione legale, che non abbia partecipato al contratto preliminare di acquisto del bene, non è legittimato ad agire o a contraddire nel successivo giudizio avente ad oggetto detto contratto (**Sez. 6-2, n. 33301/2019, Tedesco, Rv. 656263-01**).

La Corte di legittimità ha inoltre chiarito che, in tema di fondo patrimoniale, i figli minori e quelli maggiorenni – questi ultimi se il fondo non sia cessato e non risultino economicamente autosufficienti – sono legittimati ad agire in giudizio in relazione agli atti dispositivi eccedenti l'ordinaria amministrazione che incidano sulla destinazione dei beni del fondo, discendendo tale legittimazione dalla *ratio* dell'istituto, volto a costituire su determinati beni un vincolo di destinazione ai bisogni della famiglia nucleare e, quindi, di tutti i suoi componenti. Ne consegue che l'interesse all'azione permane anche se i figli diventano maggiorenni in corso di causa, in assenza di elementi da cui desumere che siano diventati autonomi rispetto alla famiglia di origine (principio enunciato da **Sez. 1, n. 22069/2019, Laura Tricomi, Rv. 655267-01**, in una fattispecie riguardante l'accertamento dell'invalidità della garanzia ipotecaria, concessa dai genitori sui beni del fondo patrimoniale, promossa dal figlio divenuto maggiorenne dopo avere intrapreso il giudizio).

7. Il mantenimento dei figli, *profili processuali*.

In tema di mantenimento dei figli, la Cassazione si è pronunciata con particolare riferimento ai profili processuali dei relativi giudizi.

Decidendo nell'ambito di un giudizio di revisione delle condizioni di separazione personale dei coniugi, la Suprema Corte ha confermato che la

statuizione relativa alla fissazione di un assegno mensile per il mantenimento dei figli minorenni non è soggetta al principio della domanda (**Sez. 6-1, n. 03206/2019, Bisogni, Rv. 653129-01**).

La Cassazione ha inoltre statuito che è inammissibile la domanda, proposta dal genitore non affidatario obbligato al versamento di un contributo per il mantenimento del figlio minore, di sottrarre dalle somme dovute gli importi corrisposti, quali assegni familiari, direttamente al coniuge affidatario dal Parlamento europeo, datore di lavoro dell'onerato, qualora gli accordi tra i genitori o le statuizioni del giudice, nei processi di separazione personale e divorzio, non abbiano espressamente tenuto conto dell'ammontare di tali assegni familiari, perché trattasi di questione deducibile e non dedotta negli indicati giudizi (**Sez. 1, n. 12012/2019, Scalia, Rv. 653907-01**).

Mediante l'opposizione al precetto relativo a crediti maturati per il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento, determinato a favore del figlio in sede di separazione o di divorzio, ha deciso il Giudice di legittimità, possono essere dedotte soltanto questioni relative alla validità ed efficacia del titolo e non anche fatti sopravvenuti, da farsi valere col procedimento di modifica delle condizioni della separazione, di cui all'art. 710 c.p.c., o del divorzio, di cui all'art. 9 della legge n. 898 del 1970. Ribadendo il principio, la Suprema Corte ha sottolineato che, nella specie, il fatto sopravvenuto costituito dalla collocazione del minore presso il padre non aveva privato il titolo esecutivo in materia di famiglia di efficacia e validità in quanto assistito da un'attitudine al giudicato, cd. *rebus sic stantibus*, riguardo alla quale i fatti sopravvenuti potevano rilevare soltanto attraverso la speciale procedura di revisione del provvedimento sul contributo per il mantenimento del figlio, devoluta al giudice della separazione o del divorzio e a questo riservata a tutela del superiore interesse pubblicistico di composizione della crisi familiare, rilevante per l'ordine pubblico (**Sez. 3, n. 17689/2019, De Stefano, Rv. 654560-01**).

8. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia.

Come di consueto, anche nell'anno 2019 sono state numerose le pronunce della Cassazione in materia di assegnazione della casa familiare, un istituto che origina un nutrito contenzioso, anche in materia tributaria.

Si segnala per la sua originalità la pronuncia con la quale la Suprema Corte ha chiarito che la *nozione di convivenza rilevante ai fini dell'assegnazione della casa familiare ex art. 337 sexies c.c.* comporta la stabile dimora del figlio maggiorenne presso la stessa, sia pure con eventuali sporadici allontanamenti per brevi periodi e con esclusione, quindi, dell'ipotesi di rarità dei ritorni, ancorché regolari, configurandosi in tal caso, invece, un rapporto di mera ospitalità; deve pertanto sussistere un collegamento

stabile con l'abitazione del genitore, caratterizzato da coabitazione che, ancorché non quotidiana, sia compatibile con l'assenza del figlio anche per periodi non brevi per motivi di studio o di lavoro, purché vi faccia ritorno appena possibile e l'effettiva presenza sia temporalmente prevalente in relazione ad una determinata unità di tempo (anno, semestre, mese). Nella specie, la Cassazione ha confermato il decreto di revoca dell'assegnazione della casa coniugale basato sull'accertato rientro della figlia, iscritta all'università in altra città, nell'abitazione del genitore divorziato solo per pochi giorni durante le vacanze natalizie, pasquali ed estive (**Sez. 6-1, n. 16134/2019, Campese, Rv. 654712-01**).

La Corte di legittimità ha inoltre affermato che, nell'ambito della separazione dei coniugi, il provvedimento di assegnazione della casa familiare determina una cessione *ex lege* del relativo contratto di locazione a favore del coniuge assegnatario e l'estinzione del rapporto in capo al coniuge che ne fosse originariamente conduttore, anche nell'ipotesi in cui entrambi i coniugi abbiano sottoscritto il contratto di locazione. Pertanto l'ignoranza, da parte del locatore, della successione *ex lege* non incide sul perfezionamento della cessione, ma assume rilevanza ai soli fini dell'opponibilità della stessa al locatore ceduto (**Sez. 3, n. 28615/2019, Gorgoni, Rv. 655785-01**).

La Corte di cassazione ha inoltre statuito che, in caso di cessione al terzo, effettuata in costanza di matrimonio dal coniuge esclusivo proprietario dell'immobile precedentemente utilizzato per le esigenze della famiglia, il provvedimento di assegnazione della casa familiare all'altro coniuge – non titolare di diritti reali sul bene – collocatario della prole, emesso in data successiva a quella dell'atto di acquisto compiuto dal terzo, è a questi opponibile ai sensi dell'art. 155 *quater* c.c. – applicabile *ratione temporis* – e dell'art. 6, comma 6, della legge n. 898 del 1970, in quanto analogicamente applicabile al regime di separazione, soltanto se – a seguito di accertamento in fatto da compiersi alla stregua delle risultanze circostanziali acquisite – il giudice di merito ravvisi l'instaurazione di un preesistente rapporto, in corso di esecuzione, tra il terzo ed il predetto coniuge dal quale quest'ultimo derivi il diritto di godimento funzionale alle esigenze della famiglia, sul contenuto del quale viene a conformarsi il successivo vincolo disposto dal provvedimento di assegnazione. Tale ipotesi ricorre nel caso in cui il terzo abbia acquistato la proprietà con clausola di rispetto del titolo di detenzione qualificata derivante al coniuge dal negozio familiare, ovvero nel caso in cui il terzo abbia inteso concludere un contratto di comodato, in funzione delle esigenze del residuo nucleo familiare, con il coniuge occupante l'immobile, non essendo sufficiente a tal fine la mera consapevolezza, da parte del terzo, al momento dell'acquisto, della pregressa situazione di fatto di utilizzo del bene immobile da parte della famiglia (**Sez. 3, n. 09990/2019, Olivieri, Rv. 653426-01**).

In presenza di figli minori, lo scioglimento del fondo patrimoniale posto in essere dai genitori senza autorizzazione del giudice tutelare è invalido ma, poiché il divieto di scioglimento è posto a vantaggio dei detti minori, l'azione di annullamento spetta soltanto a questi ultimi e non pure ai terzi, ancorché creditori in revocatoria. In applicazione di tale principio, la Cassazione ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso potesse formare oggetto di azione revocatoria, essendo già inefficace, il fondo patrimoniale sciolto dai genitori, nonostante vi fossero figli minori e mancasse l'autorizzazione del giudice tutelare (**Sez. 3, n. 30517/2019, Cricenti, Rv. 655969-01**).

In materia successoria, la Suprema Corte ha spiegato che i diritti di abitazione e d'uso riservati al coniuge superstite dall'art. 540, comma 2, c.c., riguardano l'immobile concretamente utilizzato come residenza familiare prima della morte del *de cuius*, sicché essi non spettano al coniuge, pur separato senza addebito, qualora la cessazione della convivenza renda impossibile individuare una casa adibita a residenza familiare (**Sez. 2, n. 15277/2019, Tedesco, Rv. 654226-01**). Tali diritti si costituiscono automaticamente in capo al coniuge superstite, all'apertura della successione, anche in presenza di un'attribuzione testamentaria della casa familiare o dei mobili che la arredano in favore di terzi. Ne consegue che il coniuge superstite potrà invocare *ipso iure* il loro acquisto, senza dover ricorrere all'azione di riduzione (**Sez. 2, n. 15667/2019, Tedesco, Rv. 654334-01**).

La Corte di legittimità ha comunque chiarito che l'art. 540, comma 2, c.c., come riformulato dalla l. n. 151 del 1975, che, come sopra evidenziato, riconosce i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso dei beni mobili che la corredano in favore del coniuge superstite, si applica alle sole successioni apertesesi dopo l'entrata in vigore di tale legge e, cioè, posteriori al 20 settembre 1975 (**Sez. 2, n. 21949/2019, Besso Marcheis, Rv. 654916 -01**).

In materia tributaria, la Cassazione ha affermato che, in sede di separazione personale dei coniugi o di divorzio, il coniuge al quale sia assegnata la casa di abitazione posta nell'immobile di proprietà (anche in parte) dell'altro coniuge non è soggetto passivo dell'ICI per la quota dell'immobile stesso sulla quale non vanti il diritto di proprietà ovvero un qualche diritto reale di godimento, come previsto dall'art. 3 del d.lgs. n. 504 del 1992, poiché con il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa coniugale viene riconosciuto al coniuge un diritto personale atipico di godimento e non la titolarità di uno di quei diritti reali di godimento, specificamente previsti dalla norma, costituenti il presupposto impositivo del tributo (**Sez. 5, n. 07395/2019, Criscuolo, Rv. 653047-01**).

Con specifico riferimento all'IMU, la Suprema Corte ha infine ritenuto che il convivente *more uxorio*, al quale a seguito della cessazione del rapporto viene assegnato, in applicazione dell'art. 337 *sexies* c.c., l'immobile adibito a casa familiare

di proprietà dell'altro convivente, è soggetto passivo di imposta *ex art. 4, comma 12 quinquies*, del d.l. n. 16 del 2012, conv. in l. n. 44 del 2012, che, non disciplinando un'ipotesi di agevolazione o di esenzione, può essere interpretato estensivamente includendo nel relativo ambito di applicazione, per *eadem ratio*, anche i rapporti di convivenza (**Sez. 5, n. 11416/2019, Cirese, Rv. 653668-01**).

8.1. La casa familiare a seguito dello scioglimento della coppia, *profili processuali*.

La Suprema Corte ha prima di tutto chiarito, pronunciando in materia di edilizia residenziale pubblica, che spettano alla giurisdizione ordinaria le controversie attinenti alle richieste di subentro nel contratto avanzate, ai sensi dell'art. 14 della l.r. Campania n. 18 del 1997, dai componenti del nucleo familiare dell'assegnatario dell'alloggio dopo il decesso di quest'ultimo, poiché attengono alla fase successiva al provvedimento di assegnazione dell'alloggio medesimo, non venendo in rilievo, con riferimento al detto subentro, un potere discrezionale della P.A. (**Sez. U, n. 18828/2019, Sambito, Rv. 654579-01**).

La medesima Corte ha inoltre affermato che, ove a seguito della separazione personale dei coniugi venga proposta domanda di corresponsione di una somma a titolo di indennità per miglioramenti apportati alla casa familiare di proprietà dell'altro coniuge sulla base degli artt. 192 c.c., 2033 c.c. e 936 c.c., il giudice non può qualificare l'azione quale istanza di rimborso delle spese sostenute, ai sensi dell'art. 1150 c.c., giacché il riconoscimento del diritto ivi previsto postula l'allegazione e la prova del possesso del bene da parte del creditore. In applicazione del principio, la Corte ha cassato la sentenza di merito, che aveva riqualeficato nei termini sopra indicati la domanda, sull'erroneo presupposto che l'attore avesse composseduto il bene ristrutturato per il solo fatto che lo stesso era stato adibito a casa familiare (**Sez. 3, n. 22730/2019, Olivieri, Rv. 655088-01**).

Con riferimento all'opponibilità, nel processo esecutivo, dell'assegnazione dell'immobile, quale abitazione familiare, la Corte di legittimità ha evidenziato che, nel giudizio di opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, l'opponente ha veste sostanziale e processuale di attore, sicché le eventuali "eccezioni" da lui sollevate per contrastare il diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata costituiscono *causa petendi* della domanda proposta con il ricorso in opposizione e sono soggette al regime sostanziale e processuale della domanda; l'opponente non può pertanto mutare la domanda, modificando le eccezioni che ne costituiscono il fondamento, né il giudice può accogliere l'opposizione per motivi che costituiscono un mutamento di quelli espressi nel ricorso introduttivo. In applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso sentenza che aveva

ritenuto tardiva la deduzione dell'opponente, rassegnata solo in sede di memorie di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., relativa alla non assoggettabilità ad espropriazione forzata dell'immobile staggito, in quanto oggetto di provvedimento di assegnazione della casa coniugale, emesso in sede di giudizio di separazione ed asseritamente opponibile al creditore procedente ed a quelli intervenuti nell'esecuzione (**Sez. 3, n. 17441/2019, Porreca, Rv. 654355-02**).

9. La protezione dei soggetti bisognosi.

In materia, appare opportuno segnalare, per i numerosi e rilevanti profili affrontati, una decisione della Cassazione pronunciata nell'ambito di un giudizio relativo alle condizioni che devono ricorrere perché sia nominato un amministratore di sostegno, ed i poteri di quest'ultimo, anche in materia di scelte terapeutiche da adottare nell'interesse dell'amministrato.

La Corte di legittimità ha chiarito che la procedura di nomina dell'amministratore di sostegno presuppone una condizione attuale d'incapacità, il che esclude la legittimazione a richiedere l'amministrazione di sostegno della persona che si trovi nella piena capacità psico-fisica, ma non esige che la stessa versi in uno stato d'incapacità d'intendere o di volere, essendo sufficiente che sia priva, in tutto o in parte, di autonomia per una qualsiasi "infermità" o "menomazione fisica", anche parziale o temporanea e non necessariamente mentale, che la ponga nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi; in tale ipotesi, il giudice è tenuto, in ogni caso, a nominare un amministratore di sostegno, poiché la discrezionalità attribuitagli dall'art. 404 c.c. ha ad oggetto solo la scelta della misura più idonea (amministrazione di sostegno, inabilitazione, interdizione) e non anche la possibilità di non adottare alcuna misura, opzione che comporterebbe la privazione, per il soggetto incapace, di ogni forma di protezione dei suoi interessi, ivi compresa quella meno invasiva. Nella fattispecie, il Giudice di legittimità ha cassato la decisione di merito che aveva rigettato la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno perché l'interessato, affetto da una gravissima patologia comportante *shock* emorragici con rapida perdita della coscienza, compromissione delle funzioni vitali e difficoltà nell'eloquio, tali da consentirgli di esprimersi esclusivamente mediante computer, era tuttavia capace di intendere e di volere (**Sez. 1, n. 12998/2019, Caiazzo, Rv. 653917-01**).

Nella stessa pronuncia la Corte di legittimità ha chiarito che la designazione anticipata dell'amministratore di sostegno da parte dello stesso interessato, in vista della propria eventuale futura incapacità, prevista dall'art. 408, comma 1, c.c., non ha esclusivamente la funzione di scegliere il soggetto che, ove si presenti la necessità, il giudice tutelare deve nominare, ma ha altresì la finalità di consentire al designante,

che si trovi ancora nella pienezza delle proprie facoltà cognitive e volitive, di impartire delle direttive vincolanti sulle decisioni sanitarie o terapeutiche da far assumere in futuro all'amministratore designato; direttive possono anche prevedere il rifiuto di determinate cure, in quanto il diritto fondamentale della persona all'autodeterminazione, in cui si realizza il valore fondamentale della dignità umana, sancito dall'art. 32 Cost., dagli art. 2, 3 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalle convenzioni internazionali, include il diritto di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, senza che tale rifiuto, ove informato, autentico e attuale, incontri un limite di ordine pubblico in un inesistente dovere di curarsi. Nella fattispecie, la Suprema Corte ha cassato la decisione di merito la quale aveva rigettato la richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno che l'interessato, aderente alla confessione religiosa dei Testimoni di Geova, aveva preventivamente designato, anche allo scopo di far valere la sua irrevocabile volontà di non essere sottoposto, neanche in ipotesi di morte certa ed imminente, a trasfusioni a base di emoderivati (**Sez. 1, n. 12998/2019, Caiazzo, Rv. 653917-02**).

Ancora in questa decisione la Corte di legittimità ha precisato che la l. 22 dicembre 2017, n. 219, recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, è priva di efficacia retroattiva e non si applica dunque alle manifestazioni di volontà relative ai trattamenti sanitari espresse in data anteriore all'entrata in vigore della legge (31 gennaio 2018), fatta salva l'ipotesi, prevista dall'art. 6 della legge, in cui la volontà del disponente sia stata manifestata in documenti depositati presso il Comune di residenza o presso un notaio prima della stessa data; ne consegue che la legge è inapplicabile alle direttive anticipate di trattamento terapeutico che siano state, come nella specie, formulate in sede di designazione anticipata dell'amministratore di sostegno ai sensi dell'art. 408, comma 1, c.c., prima dell'entrata in vigore della legge e che siano contenute in una scrittura privata personalmente conservata dall'interessato (**Sez. 1, n. 12998/2019, Caiazzo, Rv. 653917-03**).

Pronunciando in materia di capacità della persona ed in tema di testamento pubblico, la Corte di cassazione ha poi ritenuto che lo stato di sanità mentale del testatore, seppure ritenuto e dichiarato dal notaio per la mancanza di segni apparenti di incapacità del testatore medesimo, può essere contestato con ogni mezzo di prova, senza necessità di proporre querela di falso, poiché, ai sensi dell'art. 2700 c.c., l'atto pubblico fa piena prova delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, ma nei limiti della sola attività materiale, immediatamente e direttamente richiesta, percepita e constatata dallo stesso pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni (**Sez. 2, n. 02702/2019, Scarpa, Rv. 652431-01**).

In un'altra decisione, il Giudice di legittimità ha confermato che l'atto pubblico fa fede fino a querela di falso soltanto relativamente alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese ed agli altri fatti dal medesimo compiuti, non estendendosi tale efficacia probatoria anche ai giudizi valutativi eventualmente espressi, tra i quali va compreso quello relativo al possesso, da parte dei contraenti, della capacità di intendere e di volere. Ne consegue che, qualora sia stato stipulato un contratto dinanzi ad un notaio con le forme dell'atto pubblico, la prova dell'incapacità naturale di uno dei contraenti può essere data con ogni mezzo e il relativo apprezzamento costituisce giudizio riservato al giudice di merito, che sfugge al sindacato di legittimità se sorretto da congrue argomentazioni, esenti da vizi logici e da errori di diritto (**Sez. 2, n. 27489/2019, Lombardo, Rv. 655679-01**).

La Cassazione ha poi statuito che in caso di annullamento *ex art. 428 c.c.* delle dimissioni presentate dal lavoratore in stato di incapacità naturale, le conseguenze risarcitorie decorrono dalla data della domanda giudiziaria, secondo il principio generale per cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vincitrice (**Sez. L, n. 04232/2019, Patti, Rv. 652889-01**).

9.1. La protezione dei soggetti bisognosi, *profili processuali*.

La Cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi ripetutamente, nell'anno 2019, anche in relazione ai profili processuali dei giudizi che interessano soggetti bisognosi.

In tema di inabilitazione, la Suprema Corte ha spiegato che il curatore dell'inabilitato, esplicando solo una funzione di carattere ausiliario negli atti di straordinaria amministrazione che l'inabilitato deve compiere con la sua assistenza, non è parte della lite promossa dall'inabilitato medesimo e può essere condannato in via diretta al pagamento delle spese solo nel concorso delle condizioni richieste dall'art. 94 c.p.c., norma che riguarda coloro che rappresentano o assistono la parte in giudizio, e postula la ricorrenza di gravi motivi, da identificarsi dal giudice in modo specifico, per la loro concreta esistenza, nella trasgressione del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. ovvero nella mancanza della normale prudenza che caratterizza la responsabilità processuale aggravata di cui all'art. 96, comma 2, c.p.c. (**Sez. 2, n. 27475/2019, Iofrida, Rv. 655675-01**).

In materia di interdizione, la medesima Corte ha affermato che, ove la parte sia stata dichiarata interdetta dopo la sentenza di secondo grado e prima della notificazione del ricorso per cassazione, quest'ultima difetta di legittimazione processuale a proporre il ricorso innanzi al Giudice di legittimità, spettando detta

legittimazione al tutore, a pena di inammissibilità dell'impugnazione (**Sez. 6-1, n. 11292/2009, Dolmetta, Rv. 653607-01**).

La Corte di legittimità ha pure evidenziato che l'art. 75 c.p.c., nell'indicare le persone processualmente incapaci, si riferisce ai soggetti che siano stati privati della capacità di agire in modo assoluto, per effetto di una sentenza di interdizione o in modo parziale, per effetto di una sentenza di inabilitazione, e che siano rappresentati o assistiti da un tutore o curatore, senza far menzione, invece, dei soggetti colpiti da incapacità naturale, che non risultino ancora interdetti o inabilitati nelle forme di legge; né, in relazione a questi ultimi, si pone l'esigenza di una sospensione del processo *ex* art. 295 c.p.c. per il promovimento della procedura di interdizione mediante il rito camerale previsto dagli artt. 712 e ss. c.p.c., posto che la *ratio* della disposizione dettata dal citato art. 75 si fonda, da un lato, sull'esigenza che ogni limitazione della capacità di agire, con le relative ricadute sul piano processuale, possa operare solo all'esito finale di uno specifico procedimento e, dall'altro, sull'altrettanto incontestabile esigenza di impedire il pericolo che ogni processo possa subire interruzioni o sospensioni sulla base di situazioni di non sollecito ed agevole accertamento, con il conseguente pregiudizio del diritto di tutela giurisdizionale della parte che ha proposto la domanda (**Sez. 2, n. 21507/2019, San Giorgio, Rv. 654899-01**).

In linea con un orientamento più volte espresso, la Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione, proposto ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso il decreto con il quale il tribunale decide in sede di reclamo avverso il provvedimento del giudice tutelare di rigetto della richiesta di sostituzione di un tutore, trattandosi di provvedimento che, adottato nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione, è privo del carattere della decisorietà, configurandosi come intervento di tipo ordinatorio ed amministrativo, insuscettibile di passare in cosa giudicata, essendo sempre revocabile e modificabile per la sopravvenienza di nuovi elementi di valutazione (**Sez. 1, n. 17104/2019, Scalia, Rv. 654459-01**).

Secondo la Suprema Corte, come già affermato per il procedimento relativo all'amministratore di sostegno – la cui disciplina è, sul punto, la stessa di quella prevista per il tutore in virtù di una serie di rinvii operati nel codice – occorre distinguere tra atti di nomina, rimozione o sostituzione del tutore (o dell'amministratore di sostegno) da quelli che attengono all'apertura della procedura, al quale soltanto è riconosciuta la suscettibilità al giudicato, al pari delle sentenze adottate in materia di interdizione o inabilitazione, ai sensi degli artt. 712 e ss., richiamati dall'art. 720 *bis* c.p.c.: i primi sono reclamabili davanti al tribunale, ma non ricorribili per cassazione, i secondi sono reclamabili davanti alla corte d'appello e ricorribili per cassazione.

Coerentemente a quanto appena riportato, **Sez. 1, n. 12998/2019, Caiazzo, Rv. 653917-04**, ha affermato che il decreto della Corte d'appello che, statuendo sulla relativa domanda, neghi l'apertura dell'amministrazione di sostegno, è ricorribile per cassazione (in tutto conforme, Sez. 6-1, n. 14983/2016, Acierno, Rv. 640716-01).

È tuttavia intervenuta una recentissima pronuncia del Giudice di legittimità, che ha esaminato la questione in modo del tutto nuovo.

La Suprema Corte ha, infatti, affermato che l'art. 720 *bis* c.p.c. – nella parte in cui prevede che contro i decreti del giudice tutelare, adottati in materia di amministrazione di sostegno, il reclamo deve essere proposto davanti alla corte di appello – contiene una norma speciale, che prevale su quella generale contenuta nell'art. 739 c.p.c., in virtù della quale, in materia di amministrazione di sostegno, tutte le impugnazioni contro i provvedimenti del giudice tutelare devono essere proposte davanti a un unico giudice, la corte d'appello, senza necessità di indagare sulla natura (decisoria o ordinatoria) degli atti impugnati (**Sez. 1, n. 32409/2019, Lamorgese, Rv. 656558 - 02**).

La medesima Corte, sulla base di due diversi argomenti, ha inoltre ritenuto suscettibile di ricorso per cassazione il provvedimento della corte di appello impugnato, con il quale era stato dichiarato inammissibile il reclamo proposto contro il provvedimento che aveva dichiarato l'estinzione del procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno, instaurato davanti al giudice tutelare. In primo luogo, seguendo lo stesso ragionamento sopra illustrato, ha rilevato che l'art. 720 *bis* c.p.c., al comma 3, espressamente prevede che contro il decreto della corte d'appello, pronunciato in sede di reclamo, può essere proposto ricorso per cassazione, senza richiedere alcuna valutazione sul carattere decisorio o meno del provvedimento da impugnare. In secondo luogo, ha considerato che la declaratoria di estinzione del procedimento è comunque assimilabile ad un provvedimento di chiusura della procedura di amministrazione di sostegno, in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità, come sopra evidenziato, ha reiteratamente ammesso la possibilità di ricorrere per cassazione.

Sempre in tema di amministrazione di sostegno, la Corte di legittimità ha statuito che l'amministratore, nell'ambito delle materie per le quali rappresenta il beneficiario, non necessita dell'autorizzazione del giudice tutelare per resistere in giudizio, tenuto conto che tale attività è sempre funzionale alla conservazione degli interessi del rappresentato, di talché la previsione di cui al combinato disposto degli artt. 374, comma 1, n. 5) c.c. e 411 c.c., deve ritenersi esclusivamente operante nelle ipotesi di promozione dei giudizi individuati dall'art. 374, comma 1, n. 5) c.c. (**Sez. 1, n. 06518/2019, Iofrida, Rv. 653104-02**).

In questa stessa decisione, la Cassazione ha chiarito che qualora l'incarico di amministratore di sostegno sia conferito a un avvocato, il giudice tutelare può

autorizzarlo a stare in giudizio personalmente *ex art. 86 c.p.c.*, senza necessità che egli debba rilasciare procura alle liti ad altro difensore. Infatti, la rappresentanza sostanziale conferita all'amministratore di sostegno con il decreto del giudice tutelare gli attribuisce *ex art. 75, comma 2, c.p.c.*, anche il relativo potere processuale, in quanto funzionale alla tutela delle situazioni sostanziali per le quali gli è stato attribuito il potere rappresentativo (**Sez. 1, n. 06518/2019, Iofrida, Rv. 653104-01**).

Decidendo nell'ambito di un procedimento per la nomina di amministratore di sostegno, ma affermando un principio avente valenza generale, la Suprema Corte ha infine statuito che la disciplina sul patrocinio a spese dello Stato è applicabile in ogni procedimento civile, pure di volontaria giurisdizione e anche quando l'assistenza tecnica del difensore non è prevista dalla legge come obbligatoria. Tale conclusione, oltre a discendere dalla lettera degli artt. 74 e 75 del d.p.r. n. 115 del 2002 – che dettano le disposizioni generali sul patrocinio a spese dello Stato, assicurano la difesa alle persone non abbienti non solo “nel processo civile”, ma anche “negli affari di volontaria giurisdizione”, sempre che l'interessato “debba o possa essere assistito da un difensore” – appare coerente con la finalità dell'istituto che, in adempimento del disposto di cui all'art. 24, comma terzo, Cost., è volto ad assicurare alle persone non abbienti l'accesso alla tutela offerta dalla giurisdizione in modo pieno e consapevole e in posizione di parità con quanti dispongono dei mezzi necessari (**Sez. 2, n. 15175/2019, Bertuzzi, Rv. 654330-01**).

10. Prossimi congiunti e scelta del luogo di sepoltura.

Nel corso del 2019 la Corte di cassazione si è pronunciata anche sulla delicata questione relativa alla scelta del luogo di sepoltura del parente prossimo.

In particolare, **Sez. 6-2, n. 29548/2019, Criscuolo, Rv. 656245-01**, ha affermato che lo *jus eligendi sepulchrum* rientra nella categoria dei diritti della personalità e, come tale, non può formare oggetto di trasferimento *mortis causa*, ma, ove la *electio* non sia stata esercitata dal defunto durante la sua vita, la scelta del luogo di sepoltura può essere fatta dai prossimi congiunti, senza alcun rigore di forme, con prevalenza dello *ius coniugii* sullo *ius sanguinis* e di questo sullo *ius successionis*. Una volta eseguita la scelta indicata dal congiunto, il giudice, accertato che il luogo di sepoltura era stato originariamente determinato dal titolare del relativo diritto, deve valutare con oculata prudenza le giustificazioni addotte per pretendere di operare un trasferimento che comporta esumazione e ritumulazione del cadavere, posto che è avvertita dalla sensibilità degli uomini l'esigenza che le salme dei defunti non vengano, senza adeguate e gravi ragioni, trasferite da un luogo ad un altro (nello stesso senso, v. già Sez. 1, n. 02475/1970, Valore, Rv. 348752-01).

11. Questioni in materia di matrimonio concordatario.

La Suprema Corte, pronunciando in materia di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, ha confermato il consolidato orientamento secondo cui la pronuncia canonica d'invalidità, qualora risulti fondata sull'esclusione unilaterale di uno o più dei c.d. *bona matrimonii*, può conseguire gli effetti civili, non riscontrandosi ostacoli nell'ordine pubblico, sol quando la divergenza tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero sia stata da questo in effetti conosciuta, o non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza.

La declaratoria di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio religioso per esclusione da parte di un coniuge di uno dei *bona matrimonii*, ha ribadito infatti la Corte di legittimità, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero sia stata da questo effettivamente conosciuta o ignorata esclusivamente per sua negligenza. Ne consegue che, ove tale condizione non ricorra, la delibazione troverà ostacolo nella contrarietà al principio di ordine pubblico italiano di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole (**Sez. 1, n. 04517/2019, Laura Tricomi, Rv. 652654-01**).

La declaratoria di esecutività della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio concordatario per esclusione, da parte di uno solo dei coniugi, di uno dei *bona matrimonii*, postula che la divergenza unilaterale tra volontà e dichiarazione sia stata manifestata all'altro coniuge, ovvero sia stata da questo in effetti conosciuta, o non gli sia stata nota esclusivamente a causa della sua negligenza, atteso che, qualora le menzionate situazioni non ricorrano, ha statuito la Cassazione, la delibazione trova ostacolo nella contrarietà all'ordine pubblico italiano, nel cui ambito va ricompreso il principio fondamentale di tutela della buona fede e dell'affidamento incolpevole. In quest'ambito se, da un lato, il giudice italiano è tenuto ad accertare la conoscenza o l'oggettiva conoscibilità dell'esclusione anzidetta da parte dell'altro coniuge con piena autonomia, trattandosi di profilo estraneo, in quanto irrilevante, al processo canonico, senza limitarsi al controllo di legittimità della pronuncia ecclesiastica di nullità, dall'altro, la relativa indagine deve essere condotta con esclusivo riferimento alla pronuncia da delibare ed agli atti del processo medesimo eventualmente acquisiti, opportunamente riesaminati e valutati, non essendovi luogo, in fase di delibazione, ad alcuna integrazione di attività istruttoria; inoltre, il convincimento espresso dal giudice di merito sulla conoscenza o conoscibilità da parte del coniuge della riserva mentale unilaterale dell'altro costituisce, se motivato secondo un logico e corretto *iter* argomentativo, statuizione insindacabile in sede di legittimità, sebbene la prova della mancanza di negligenza

debba essere particolarmente rigorosa e basarsi su circostanze oggettive e univocamente interpretabili, che attestino l'inconsapevole accettazione dello stato soggettivo dell'altro coniuge (**Sez. 6-1, n. 17036/2019, Acierno, Rv. 654374-01**).

12. Le unioni civili e le convivenze di fatto.

La l. n. 76 del 2016, che ha regolamentato le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze, non ha ancora formato oggetto di applicazione diretta da parte della Corte di cassazione.

Nel corso del 2019, tale disciplina è stata menzionata dalla Suprema Corte solo in negativo, per sottolineare cioè l'assenza, in essa, di disposizioni idonee a risolvere questioni che si trascinano da tempo e che restano dunque ancora aperte e dibattute.

Così, nella nota vicenda della coppia omosessuale di sesso maschile che chiedeva la trascrizione in Italia del provvedimento straniero che aveva attribuito la doppia paternità a due bambini nati da maternità surrogata all'estero, **Sez. U, n. 12193/2019, Mercolino, Rv. 653931-04**, ha escluso che l'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016 (ma anche gli interventi della Corte costituzionale sulla l. n. 40 del 2004) abbiano mutato la valutazione complessiva che l'ordinamento dà della genitorialità d'intenzione, quando il desiderio di avere un figlio passi attraverso una pratica di maternità sostitutiva.

In un caso analogo, in cui una coppia omosessuale di sesso maschile chiedeva la trascrizione in Italia di un provvedimento straniero di adozione legittimante di un minore, **Sez. 1, n. 29071/2019, Fidanzia, non massimata**, ha ravvisato nel controverso art. 1, comma 20, della l. n. 76 del 2016 un ostacolo all'accesso delle coppie *same sex* all'adozione. Di qui una nuova rimessione alle Sezioni Unite per verificare se un provvedimento straniero di adozione piena in favore di una coppia omosessuale possa essere trascritto nei registri dello stato civile senza ledere l'ordine pubblico (v. *infra*).

Anche sul versante delle convivenze *more uxorio*, la Corte ha dunque affrontato i casi sottoposti al suo esame con i vecchi strumenti.

Non sono mancate tuttavia oscillazioni a proposito della piena equiparazione tra coniugi e conviventi di fatto.

Se infatti **Sez. 6-3, n. 14746/2019, Dell'Utri, Rv. 654307-01**, ha ribadito l'impossibilità di discriminazioni tra tali soggetti in sede di liquidazione del danno non patrimoniale e **Sez. 5, n. 11416/2019, Cirese, Rv. 653668-01**, per converso, li ha equiparati ai fini dell'applicazione dell'art. 4, comma 12 *quinquies*, del d.l. n. 16 del 2012, conv. dalla l. n. 44 del 2012 (assoggettabilità all'IMU sulla casa familiare dell'*ex* convivente affidatario dei figli), in altre occasioni la distanza è stata mantenuta.

Ci si riferisce a **Sez. 1, n. 08889/2019, Mauro Di Marzio, Rv. 653234-01**, chiamata a valutare se la convivenza *more uxorio* dello straniero con un cittadino italiano possa giustificare un'interpretazione analogica o estensiva dell'art. 19 d.lgs. n. 286 del 1998, che disciplina le ipotesi di divieto di espulsione e vi include quella in cui lo straniero conviva con il coniuge o con parenti entro il quarto grado, di nazionalità italiana.

La sentenza lo ha escluso, negando rilevanza anche al fatto che la convivenza fosse giustificata dal tempo necessario affinché uno o entrambi i conviventi ottenessero la sentenza di scioglimento del matrimonio dal proprio coniuge.

Secondo la Corte, la limitazione dell'art. 19 non contrasta con i principi costituzionali, atteso che essa risponde all'esigenza di tutelare da un lato l'unità della famiglia, dall'altro il vincolo parentale riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici, che è assente nella convivenza *more uxorio*. Tuttavia, l'inesensibilità del divieto espulsivo non esclude che il giudice di pace debba valutare la situazione quando vi siano figli minorenni conviventi con la coppia.

13. La responsabilità genitoriale e l'intervento del giudice nei procedimenti separativi.

Da una visione d'insieme delle pronunce adottate nell'anno 2019 dalla Corte di cassazione emerge una sempre più consapevole osmosi tra le statuizioni che regolano l'esercizio della responsabilità genitoriale e quelle che comprimono o limitano la stessa.

Assumono, infatti, particolare rilievo le decisioni in cui la Suprema Corte è stata chiamata a delimitare i confini della discrezionalità del giudice di merito in tale materia, in un fragile equilibrio tra libertà, obblighi e divieti a tutela del superiore interesse dei figli.

L'intervento giudiziale può limitarsi ad impartire le disposizioni essenziali sull'affido, che lasciano alle parti la libertà di regolare il loro concreto modo di essere genitori, quando costoro sono in grado di gestire la loro responsabilità genitoriale con intelligenza e spirito di collaborazione, in questo modo esprimendo tutte le potenzialità dell'affido condiviso, ma diventa penetrante, dettagliato e autoritario, quando, per tutelare l'interesse superiore del minore, deve imporre determinati comportamenti ai genitori, vietarne degli altri, disciplinare nel dettaglio i loro compiti, fino a comprimere al massimo, ove necessario, l'esercizio della responsabilità di uno o di entrambi.

Di seguito, vengono riportate le statuizioni della Corte, che hanno riguardato, anche sotto altri aspetti, sostanziali e processuali, il tema della regolamentazione

della responsabilità genitoriale nei procedimenti separativi, così come richiamati dall'art. 337 *bis* c.c.

Per quanto riguarda i provvedimenti a contenuto patrimoniale e quelli relativi all'assegnazione della casa familiare, si rinvia a quanto *supra* già illustrato.

13.1. Questioni processuali.

Con riferimento alla competenza per attrazione, disciplinata dall'art. 38 disp. att. c.c., si deve menzionare **Sez. 6-1, n. 01866/2019, Mercolino, Rv. 652675-01**, ove la Suprema Corte ha chiarito che il conflitto di competenza tra il tribunale ordinario, adito per l'affidamento condiviso del minore, ed il tribunale per i minorenni, relativamente ai provvedimenti *ex* artt. 330 e ss. c.c. richiesti dal P.M., dev'essere risolto secondo il criterio della prevenzione, atteso che l'art. 38 disp. att. c.c., nel testo sostituito dall'art. 3 della l. n. 219 del 2012, la cui *ratio* risiede nell'evidente interrelazione tra i due giudizi, limita la *vis attractiva* del tribunale ordinario, anche per i detti provvedimenti, all'ipotesi in cui il procedimento dinanzi a questo sia stato instaurato per primo e si svolga tra le stesse parti dell'altro, in tal modo implicitamente escludendo l'ipotesi in cui il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni sia stato instaurato anteriormente. La stessa Corte ha anche precisato che al giudice minorile è in ogni caso riservata la pronuncia sulla decadenza dalla potestà genitoriale, anche se al giudice ordinario è consentito adottare le misure ad essa conseguenti.

In particolare, la Corte di cassazione ha ritenuto che sussiste la competenza del tribunale ordinario, adito per primo, anche per i provvedimenti *ex* artt. 333 e 336 richiesti dal P.M., ritenendo influente sia la mera diversità dell'oggetto delle domande, aventi l'obiettivo comune dell'assunzione delle determinazioni più opportune nell'interesse del minore, sia la formale diversità della posizione processuale del P.M., comunque parte necessaria nel procedimento pendente dinanzi al tribunale ordinario.

Tale pronuncia fornisce una chiara risposta alle incertezze interpretative ancora presenti, nonostante la Corte di legittimità avesse già fornito elementi per il loro superamento proprio con riferimento al caso in cui, nonostante la pendenza del procedimento separativo davanti al tribunale ordinario, fosse stato promosso il procedimento *ex* art. 336 c.c. innanzi al tribunale per i minorenni dal P.M.

Si consideri infatti che Sez. 6-1, n. 10365/2016, Scaldaferri, Rv. 639726-01, aveva già affermato che la *vis attractiva* del tribunale ordinario relativamente ad un ricorso *ex* art. 333 c.c. opera, ai sensi dell'art. 38, comma 1, disp. att. c.c., come modificato dalla l. n. 219 del 2012, anche in pendenza di un giudizio di modifica delle condizioni di separazione riguardanti la prole, a ciò non ostando la diversità di

ruolo del P.M. nei due procedimenti (ricorrente in quello minorile ed interventore obbligatorio nell'altro), atteso che una diversa opzione ermeneutica, facente leva sul solo tenore letterale della citata disposizione, tradirebbe la *ratio* di attuare, nei limiti previsti, la concentrazione delle tutele onde evitare, a garanzia del preminente interesse del minore, il rischio di decisioni contrastanti ed incompatibili, tutte temporalmente efficaci ed eseguibili, rese da due organi giudiziali diversi.

Sempre guardando alle questioni processuali, deve richiamarsi anche **Sez. 1, n. 12018/2019, Laura Tricomi, Rv. 653695-02**, ove la Suprema Corte ha affermato che l'audizione dei minori, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano ed, in particolare, in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la l. n. 77 del 2003, nonché dell'art. 315 *bis* c.c. (introdotto dalla l. n. 219 del 2012) e degli artt. 336 *bis* e 337 *octies* c.c. (inseriti dal d.lgs. n. 154 del 2013, che ha altresì abrogato l'art. 155 *sexies* c.c.). Ne consegue che l'ascolto del minore di almeno dodici anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, costituisce una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse.

Numerose sono le pronunce che negli ultimi anni hanno approfondito le caratteristiche di tale istituto, i limiti di operatività e le conseguenze della mancata applicazione. In questa sede è sufficiente richiamare Sez. 1, n. 06129/2015, Acierno, Rv. 634881-01, in tutto conforme alla pronuncia appena indicata, e, tra le ultime, Sez. 1, n. 12957/2018, Bisogni, Rv. 649153-01.

13.2. Le scelte sull'affidamento dei figli.

È di grande importanza **Sez. 6-1, n. 28244/2019, Nazzicone, Rv. 656088-01**, ove la Suprema Corte ha affermato chiaramente che, in materia di affidamento dei figli minori, il giudice deve attenersi al criterio fondamentale, rappresentato dall'esclusivo interesse morale e materiale della prole, privilegiando quel genitore che appaia il più idoneo a ridurre al massimo il pregiudizio derivante dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo della personalità del minore. L'individuazione di tale genitore deve essere fatta sulla base di un giudizio prognostico circa la capacità del padre o della madre di crescere ed educare il figlio, che potrà fondarsi sulle modalità con cui il medesimo ha svolto in passato il proprio ruolo, con particolare riguardo alla sua capacità di relazione affettiva, di attenzione, di comprensione, di educazione, di disponibilità ad un

assiduo rapporto, nonché sull'apprezzamento della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente che è in grado di offrire al minore. La questione dell'affidamento della prole è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice di merito, il quale, ove dia sufficientemente conto delle ragioni della decisione adottata, esprime un apprezzamento di fatto non suscettibile di censura in sede di legittimità (nello stesso senso, v. già Sez. 1, n. 14840/2006, Bonomo, Rv. 589897-01).

In un'altra pronuncia, la Corte ha comunque precisato che la mera conflittualità riscontrata tra i genitori non coniugati, che vivono separati, non preclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso dei figli, ove si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre può assumere connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli, e, dunque, rischiando di pregiudicare il loro interesse (**Sez. 1, n. 06535/2019, Laura Tricomi, Rv. 653630-01**).

La medesima Corte ha anche chiarito, nella medesima decisione appena richiamata, che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo deve essere sorretta da una motivazione non più solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero sulla manifesta carenza dell'altro genitore, e che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla oggettiva distanza esistente tra i luoghi di residenza dei genitori, potendo detta distanza incidere soltanto sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso ciascun genitore (**Sez. 1, n. 06535/2019, Laura Tricomi, Rv. 653630-02**).

L'affermazione da ultimo riportata, senza dubbio di grande importanza, trova peraltro un precedente specifico in Sez. 6-1, n. 24526/2010, Schirò, Rv. 615090-01, ove, per gli stessi motivi, non è stata ritenuta ostativa all'affido condiviso l'oggettiva distanza tra la residenza dei minori e quella del genitore non collocatario.

Si pone sulla stessa linea Sez. 1, n. 26587/2009, Schirò, Rv. 610984-01, ove è stato affermato che la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori, prevista dall'art. 155 c.c., ed applicabile anche nei casi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, in virtù del richiamo operato dall'art. 4, comma 2, l. n. 54 del 2006, è derogabile solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore", come nel caso in cui il genitore non affidatario si sia reso totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo il suo diritto di visita. Tali comportamenti sono ritenuti sintomatici della inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta, gravanti anche sul genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente.

13.3. Le statuizioni sull'affidamento e le restrizioni ai diritti del genitore.

Particolare rilievo assume, in proposito, **Sez. 1, n. 09764/2019, Scalia, Rv. 653876-01**, ove la Corte di legittimità ha affermato che, pur dovendosi riconoscere all'autorità giudiziaria ampia libertà in materia di diritto di affidamento di un figlio di età minore, nel superiore interesse di quest'ultimo, è comunque necessario un rigoroso controllo sulle "restrizioni supplementari", ovvero quelle apportate al diritto di visita dei genitori, e sulle garanzie giuridiche destinate ad assicurare la protezione effettiva del diritto dei genitori e dei figli al rispetto della loro vita familiare, sancito dall'art. 8 della Convenzione EDU, onde scongiurare il rischio di troncamento delle relazioni familiari tra un figlio in tenera età ed uno dei genitori (Corte EDU del 09/02/2017, Solarino c/ Italia).

La Corte ha anche precisato che, nell'interesse superiore del minore, deve essere sempre assicurato il rispetto del principio della bigenitorialità, inteso quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio, idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell'assistenza, educazione ed istruzione della prole.

In particolare, la medesima Corte ha, in motivazione, precisato che in un quadro di osservanza e rispetto della frequentazione tra genitore e figlio, gli obblighi positivi da adottarsi dalle autorità degli Stati nazionali, per garantire effettività della vita privata o familiare nei termini di cui all'art. 8 della Convenzione EDU, non si limitano al controllo che il bambino possa incontrare il proprio genitore o avere contatti con lui, ma includono l'insieme delle misure preparatorie che, non automatiche e stereotipate, permettono di raggiungere questo risultato, nella preliminare esigenza che le misure deputate a riavvicinare il genitore al figlio rispondano a rapida attuazione, perchè il trascorrere del tempo può avere delle conseguenze irrimediabili sulle relazioni tra il fanciullo e quello dei genitori che non vive con lui (Corte EDU del 29/01/2013, Lombardo c/ Italia). In attuazione del principio enunciato, il Giudice di legittimità ha cassato la statuizione della corte d'appello, che aveva confermato la decisione di primo grado, secondo cui la frequentazione tra il padre e la figlia di cinque anni, affidata ad entrambi i genitori e collocata prevalentemente presso la madre, sarebbe dovuta avvenire soltanto a fine settimana alterni, osservando che non erano state illustrate le ragioni che inducevano ad escludere frequentazioni infrasettimanali tra il genitore e la bambina, sebbene avesse affermato che occorreva mantenere, e semmai intensificare, i rapporti della figlia con il padre.

Ovviamente, come sopra anticipato, se la regola è il rispetto della bigenitorialità, a tutela dei diritti dei genitori e anche del minore, la cura del primario interesse, in situazioni non ordinarie in cui occorre evitare che si rechi pregiudizio al minore,

possono essere adottate misure che comprimono diritti o facoltà dei genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale.

L'affidamento esclusivo ad uno dei genitori o addirittura l'eteroaffidamento (sull'affidamento ai servizi sociali, v. Sez. 1, n. 31902/2018, Laura Tricomi, Rv. 651898-01), la previsione di visite protette o assistite, l'adozione di specifici divieti od obblighi in capo ai genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale sono solo alcuni esempi delle variegate misure che possono, ed anzi devono, essere adottate per la cura del primario interesse del minore.

In tale quadro, **Sez. 1, n. 21916/2019, Bisogni, Rv. 655166-01**, nel ribadire che il criterio fondamentale cui deve attenersi il giudice, nel fissare le modalità dell'affidamento dei figli minori, è quello del superiore interesse della prole, atteso il diritto preminente dei figli ad una crescita sana ed equilibrata, ha anche precisato che, in caso di conflitto genitoriale sull'educazione religiosa del minore, possono essere adottati anche provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà religiosa dei genitori purché intervengano all'esito di un accertamento in concreto, basato sull'osservazione e sull'ascolto del minore, dell'effettiva possibilità che l'esercizio di tali diritti possa compromettere la salute psico-fisica o lo sviluppo dei figli minori (nella specie, la Corte ha cassato la decisione di merito che aveva inibito alla madre, convertitasi alla fede geovista, d'impartire al figlio insegnamenti contrastanti con quelli della religione cattolica, basando il giudizio solo su astratte valutazioni delle due religioni e dando rilievo all'iniziale trasmissione al figlio, da parte di entrambi i genitori, della fede cattolica come religione comune della famiglia, senza svolgere alcun accertamento in concreto sul pregiudizio o meno per il figlio del compimento di tale attività).

Il Giudice di legittimità aveva peraltro già esaminato la questione relativa alle scelte sull'educazione religiosa del minore. In particolare, Sez. 1, n. 12954/2018, Cristiano, Rv. 649115-01, nel ribadire che il criterio fondamentale, cui deve attenersi il giudice nel fissare le modalità di affidamento in caso di conflitto genitoriale, è quello del superiore interesse della prole, stante il preminente diritto del minore ad una crescita sana ed equilibrata, ha affermato che il perseguimento di tale obiettivo può comportare anche l'adozione di provvedimenti – quali, nella specie, il divieto di condurre il minore agli incontri della confessione religiosa abbracciata dal genitore dopo la fine della convivenza – contenitivi o restrittivi di diritti individuali di libertà dei genitori, ove la loro esteriorizzazione determini conseguenze pregiudizievoli per il figlio che vi presenzi, compromettendone la salute psico-fisica o lo sviluppo (in tema, v. anche, Sez. 1, n. 24683/2013, Piccininni, Rv. 628840-01, ove la Corte di cassazione ha stabilito che non è censurabile in cassazione, ove congruamente e logicamente motivato, il provvedimento con il quale il giudice vieti

al genitore di condurre i figli minori, al medesimo affidati, alle riunioni della confessione religiosa, cui egli abbia aderito in epoca successiva alla separazione).

14. I procedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale.

Significative sono le pronunce adottate nel corso del 2019 in questa materia, soprattutto in relazione a profili di carattere processuale.

14.1. Questioni processuali.

Merita di essere subito richiamata **Sez. 6-1, n. 23019/2019, Mercolino, Rv. 655417-01**, ove è precisato che il conseguimento della maggiore età da parte del minore produce automaticamente la cessazione della responsabilità genitoriale, determinando, ancorché avvenga nel corso del procedimento per la dichiarazione di decadenza dalla stessa (nella specie, in pendenza del termine per proporre reclamo avverso il provvedimento medesimo), la cessazione della materia del contendere e la caducazione dei provvedimenti in precedenza pronunciati, posto che ad assumere rilievo è la sola tutela del minore dai comportamenti pregiudizievoli dei genitori, non anche l'interesse del genitore all'accertamento negativo dei fatti allegati a sostegno della domanda.

Ad eliminare ogni dubbio interpretativo in ordine alla portata del disposto dell'art. 336, ultimo comma, c.c., è poi intervenuta **Sez. 1, n. 09100/2019, Laura Tricomi, Rv. 653685-01**, evidenziando che il procedimento di cui all'art. 336 c.c., a differenza di quello disciplinato dall'art. 10 l. n. 183 del 1984 (nel testo vigente a seguito della riforma di cui alla l. n. 149 del 2001), non prevede l'invito ai genitori o, in loro assenza, ai parenti a nominare un difensore, né l'informazione che, qualora non vi provvedano, si procederà alla nomina di un difensore d'ufficio, né che la partecipazione agli accertamenti è consentita a tali soggetti con l'assistenza del difensore, sicché, nel modello procedimentale codicistico, la difesa tecnica è eventuale e rimessa alla libera scelta delle parti, senza alcuna imposizione della difesa d'ufficio.

Legata ad una fattispecie tutta particolare è l'ultima delle pronunce in questa sede richiamata (**Sez. 1, n. 18542/2019, Lamorgese, Rv. 655324-01**). Si tratta di una statuizione adottata in un giudizio in cui gli affidatari dei minori, nominati temporaneamente ai sensi dell'art. 5 l. n. 184 del 1983, avevano avviato davanti al tribunale per i minorenni un procedimento, oltre che per la proroga dell'affidamento, anche per l'adozione di provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale nei confronti della madre della minore affidata, con richiesta di sospensione delle visite di quest'ultima.

La Suprema Corte ha affermato che gli affidatari di minori, nominati *ex art.* 5 l. n. 184 del 1983, così come sostituito dalla l. n. 173 del 2015, devono essere convocati a pena di nullità anche nei procedimenti in tema di responsabilità genitoriale ed hanno facoltà di presentare memorie scritte nell'interesse del minore, oltre a poter rivolgere segnalazioni o richieste al Pubblico Ministero, affinché attivi il procedimento *de potestate*, ma non hanno la qualità di parti in tale procedimento, dal momento che il nuovo regime giuridico dell'affido non incide direttamente sulla norma (art. 336 c.c.) che individua i soggetti legittimati ad agire.

Nell'affermare tale principio, la medesima Corte ha però anche precisato che i medesimi affidatari sono legittimati a far valere la violazione degli artt. 315 *bis* e 336 *bis* c.p.c. per la mancata audizione del minore nel medesimo procedimento, in quanto tale censura attiene al diverso aspetto della proroga dell'affidamento, per cui, come sopra evidenziato, avevano presentato richiesta.

14.2. L'affidamento temporaneo interfamiliare.

In argomento, assume fondamentale rilievo **Sez. 1, n. 28257/2019, Scalia, Rv. 655777-01**, pronunciata in un caso di impugnazione da parte dei nonni paterni del rifiuto della loro nomina quali affidatari temporanei dei minori nel corso di un procedimento *ex art.* 336 c.c., avviato nei confronti dei genitori di questi ultimi.

In tale statuizione, la Corte di cassazione ha evidenziato che, in materia di affido anche temporaneo di minori, il giudizio sull'adeguatezza del soggetto scelto quale affidatario deve essere svolto dal giudice del merito valorizzando, fra le figure vicarie interfamiliari, il contributo al mantenimento del rapporto con la famiglia di origine, che è criterio guida di ogni scelta in tema di affido minorile.

In motivazione, la Corte ha precisato che l'affido temporaneo eterofamiliare è un intervento "ponte", destinato a rimuovere situazioni di difficoltà e di disagio familiare all'esercizio della responsabilità genitoriale ed a porsi in funzione strumentale alla tutela riconosciuta, con carattere prioritario, dall'ordinamento al diritto del minore a crescere nella propria famiglia d'origine. La misura rientra tra i provvedimenti convenienti per l'interesse del minore, previsti dall'art. 333 c.c., in quanto volta a superare la condotta pregiudizievole di uno o di entrambi i genitori senza dar luogo alla pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale *ex art.* 330 c.c. e ben può declinarsi nelle forme dell'affidamento interfamiliare, ovvero sia ai membri della cosiddetta "famiglia allargata", nell'esigenza prioritaria di evitare al minore insieme al trauma conseguente all'allontanamento dai genitori quello di vedersi deprivato del contesto familiare in cui è cresciuto. Alla capacità dell'affido temporaneo di porsi quale misura diretta a superare gli esiti di condotte pregiudizievoli dei genitori deve quindi accompagnarsi, con carattere di priorità,

l'esigenza di non allentare – ove l'affido eterofamiliare abbia un'apprezzabile distensione temporale che rifugga, come tale, dal definire una situazione di stretta urgenza – il legame del minore con la famiglia di origine, di cui i nonni sono chiara espressione e tanto in strumentale tutela del diritto, finale e personalissimo, del primo a crescere nella famiglia naturale a salvaguardia del suo sano ed equilibrato sviluppo psico-fisico.

Nel dare applicazione al principio enunciato, la Corte ha così cassato la decisione della corte di merito, che aveva disposto l'affidamento temporaneo eterofamiliare, senza valutare adeguatamente la possibilità dell'affido interfamiliare ai nonni.

15. La sottrazione internazionale di minori.

Nell'anno in rassegna sono state adottate alcune interessanti pronunce anche in questa materia.

In particolare, **Sez. 1, n. 10784/2019, Campese, Rv. 653571-01**, ha evidenziato che, anche nel procedimento per la sottrazione internazionale di minore, l'ascolto di quest'ultimo (che può essere espletato anche da soggetti diversi dal giudice, secondo le modalità dal medesimo stabilite) costituisce adempimento necessario ai fini della legittimità del decreto di rimpatrio ai sensi dell'art. 315 *bis* c.c. e degli artt. 3 e 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 (ratificata con l. n. 77 del 2003), essendo finalizzato, *ex art.* 13, comma 2, della Convenzione di L'Aja del 25 ottobre 1980, anche alla valutazione della sua eventuale opposizione al rimpatrio, salva la sussistenza di particolari ragioni (da indicarsi specificamente) che ne sconsiglino l'audizione, ove essa possa essere dannosa per il minore stesso, tenuto conto, altresì, del suo grado di maturità (nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato con rinvio il decreto del giudice di merito che, omettendo l'audizione del minore sulla base di una motivazione genericamente riferita alla sua immaturità e alla presumibile influenzabilità e non genuinità delle sue dichiarazioni per la presenza del genitore di riferimento, ne ordinava il ritorno immediato presso il padre).

Tale principio è stato più volte già enunciato (v. da ultimo Sez. 1, n. 03319/2017, Lamorgese, Rv. 643870-01) ed è stato subito ribadito da **Sez. 1, n. 15254/2019, Scalia, Rv. 654271-01**, ove la Corte di cassazione ha confermato che l'ascolto del minore costituisce adempimento necessario ai fini della legittimità del decreto di rimpatrio, precisando nuovamente che esso è anche finalizzato ad acquisire, in applicazione dell'art. 13, comma 2, della Convenzione di L'Aja del 25 ottobre 1980, l'eventuale opposizione del minore al rimpatrio, nella valutazione della integrazione del minore stesso nel suo nuovo ambiente, quale estremo ostativo all'accoglimento

della domanda esercitata, *ex art. 12, comma 2, della medesima Convenzione*, oltre l'anno.

In generale, con riferimento alla distribuzione dell'onere della prova, **Sez. 1, n. 15714/2019, Mauro Di Marzio, Rv. 654425-02**, ha evidenziato che, in tema di sottrazione internazionale di minori, nel giudizio dinanzi al Tribunale per i minorenni, di cui all'art. 7 l. n. 64 del 1994, il P.M. ha l'onere di provare l'esistenza del diritto di affidamento in capo al ricorrente e il fatto della sottrazione del minore, mentre l'allegazione e la prova dei fatti impeditivi del rientro grava in linea generale, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione di L'Aja del 25 ottobre 1980, sul soggetto che si oppone ad esso, fermi restando, tuttavia, i poteri di indagine officiosa del Tribunale, ai sensi dell'art. 738, comma 3, c.p.c., in particolare quanto alla verifica dei fatti impeditivi, senza che esso sia vincolato alle decisioni del giudice dello Stato di residenza del minore, né sussistendo alcuna limitazione delle fonti di prova, ivi compresa la CTU, e potendo il Tribunale decidere sulla base di semplici "informazioni", giustificandosi tale connotazione officiosa del procedimento con l'esigenza di tutela del minore da trasferimenti illeciti, scopo ultimo della Convenzione.

Nello stesso senso si è pronunciata **Sez. 1, n. 29063/2019, Iofrida, Rv. 655566-01**, precisando che, ai fini dell'accertamento delle condizioni ostative all'emanazione dell'ordine di ritorno, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione di L'Aja del 25 ottobre 1980, la scelta operata dal giudice di merito di non assumere ulteriori informazioni né disporre consulenza tecnica d'ufficio, è incensurabile in Cassazione (nella specie la Suprema Corte, nel confermare il decreto impugnato, ha escluso l'obbligo del tribunale per i minorenni di disporre una consulenza tecnica sul minore di non ancora quattro anni).

16. La genitorialità solidale: gli sviluppi degli istituti adottivi.

Non molto numerose le pronunce del 2019 di questa Corte che, in tema di adozione, si inseriscono sulla scia della giurisprudenza precedente, sia per quanto riguarda quelle che affrontano temi processuali, sia per quanto riguarda quelle che riguardano temi di natura sostanziale. Una nota a parte merita un'ordinanza interlocutoria *ex art. 374, comma 2, c.p.c.* (**Sez. 1, n. 29071/2019, Fidanzia, non massimata**) che, evidenziando alcune possibili varianti interpretative in tema di adozione da parte di coppie dello stesso sesso, invoca una pronuncia, che, in tema di delibazione di sentenze straniere, consenta di precisare il punto di equilibrio tra il preminente interesse del minore ed il concetto di ordine pubblico, come di recente ridefinito dalla giurisprudenza di legittimità.

16.1. Aspetti processuali.

In linea con precedenti statuizioni (Sez.1 n. 04050/1993, Rv. 481701-01), **Sez. 1, n. 15713/2019, Mauro Di Marzio, Rv. 654423-01**, ha ribadito che con il raggiungimento della maggiore età, il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, avendo perso ogni utilità, per non essere più conseguibile tale pronuncia, si estingue per cessazione della materia del contendere e la relativa dichiarazione può essere effettuata anche dalla Corte di cassazione, quando il giudizio pende in sede di legittimità. Come sopra evidenziato, ha espresso la stessa *ratio*, ma con riferimento ai procedimenti *ex art.* 336 c.c., **Sez. 6-1, n. 23019/2019, Mercolino, Rv. 655417-01**.

Sez. 1 n. 12020/2019, Falabella, Rv.653910-01, nel ribadire (come già in precedenza, Sez. 6-1, n. 11782/2016, Bisogni, Rv. 639921-01), che l'omessa nomina di un difensore tecnico per il minore nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità, fin dalla sua apertura, produce la nullità del procedimento, non avendo potuto il minore esercitare il suo diritto al contraddittorio su tutti gli atti processuali che hanno costituito il presupposto per la decisione del giudice di merito, ha precisato che, ove tale nullità sia rilevata nel corso del giudizio di appello, deve essere escluso il rinvio al giudice di primo grado, giacché tale remissione, oltre ad essere preclusa dalla tassatività delle ipotesi di cui agli artt. 354 e 353 c.p.c., è contraria alle esigenze di speditezza del procedimento diretto all'accertamento dello stato di adottabilità. Pertanto, in assenza della costituzione a mezzo di difensore, del rappresentante legale o del curatore speciale del minore, il giudice d'appello deve procedere, a norma dell'art. 354, comma 4, c.p.c. alla rinnovazione degli atti del procedimento che risultano viziati a causa della mancanza del difensore.

Riguarda, invece, il delicato tema della valenza probatoria delle relazioni degli assistenti sociali e degli psicologi, anche non asseverate da giuramento, nel giudizio per la dichiarazione di adottabilità, **Sez. 1, n. 01883/2019, Terrusi, Rv. 652413-01** che, conformemente, da ultimo, a Sez. 6-1, n. 00232/2013, Barnabai, Rv. 624638-01, ha ribadito il principio secondo cui tali relazioni, nell'ambito dei rapporti informativi, delle indagini e degli accertamenti da compiere in via sommaria e secondo il rito camerale, sono indizi sui quali il giudice può fondare il proprio convincimento e la cui valutazione non comporta violazione del diritto di difesa dei genitori, atteso che questi ultimi, nel successivo giudizio di opposizione alla dichiarazione di adottabilità, hanno diritto di prendere cognizione delle relazioni, nonché di controdedurre e di offrire prova contraria.

È proprio sul tema della più ampia tutela del diritto al contraddittorio dei genitori naturali, nel corso del procedimento per la dichiarazione di adottabilità del minore, che si esprime, **Sez. 1, n. 17165/2019, Laura Tricomi, Rv.654283-01**, che,

sottolineando l'importanza dei diritti personalissimi coinvolti nei procedimenti in materia di filiazione e della rilevanza accordata in questi giudizi, anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, alle risultanze di perizie e consulenze – sia pure ribadendo la discrezionalità del giudice nella scelta di disporre CTU in ordine alla valutazione della personalità e capacità educativa dei genitori nei confronti del minore – ha affermato, in coerenza con il medesimo principio già espresso da Sez. 1 n. 06138/2015, Rv. 634880-01, il rigoroso obbligo motivazionale del giudice che rigetti la richiesta formulata in tal senso da parte dei genitori naturali, i quali intendano in questo modo contrastare le risultanze delle relazioni dei servizi sociali. Nella specie, infatti, la S.C. ha ritenuto “apodittica ed apparente” la motivazione del giudice di merito che non aveva ammesso la CTU, motivando tale diniego esclusivamente con l'affermazione che i tempi di espletamento della stessa erano inconciliabili con le esigenze di vita del minore, trascurando di prendere in considerazione altri elementi emersi dall'istruttoria relativi ai rapporti del minore con la madre.

Sul tema dell'ammissibilità del ricorso per cassazione contro i provvedimenti urgenti assunti dal tribunale per i minorenni nelle more del procedimento di adozione, sulla scia di una costante giurisprudenza (da ultimo Sez. 1 n. 05134/2014, Didone, Rv. 630476-01, in relazione ai provvedimenti urgenti emessi nell'interesse del minore *ex* art. 16, comma 2, l. n. 184 del 1983), **Sez. 1, n. 04524/2019, Rv. 653092-01, Campese** e **Sez. 6-1 n. 08805/2019, Bisogni, Rv. 653481-01** ne hanno negato la ricorribilità per la mancanza della decisorietà e per la loro revocabilità e modificabilità. In particolare, la prima di tali pronunce ha avuto ad oggetto il decreto con il quale il tribunale per i minorenni aveva disposto incontri tra due minori e la coppia alla quale erano stati affidati per più di un anno (che ne aveva chiesto l'adozione *ex* art. 4, comma 5 *bis*, della l. n. 184 del 1983) a tutela del loro diritto alla continuità affettiva, benché gli stessi minori nel frattempo fossero stati affidati in abbinamento ad altra coppia. La seconda pronuncia ha avuto invece ad oggetto il provvedimento con il quale, aperto il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, ne era stato disposto, nelle more, il suo collocamento presso una casa famiglia.

16.2. Lo stato di abbandono.

In linea con la costante precedente giurisprudenza, **Sez. 1, n. 11171/2019, Meloni, Rv. 653573-01**, nel ribadire che lo stato di abbandono, che giustifica la dichiarazione di adottabilità, ricorre quando i genitori non sono in grado di assicurare al minore quel minimo di cure materiali, di calore affettivo e di aiuto psicologico indispensabili allo sviluppo ed alla formazione della sua personalità,

senza che tale situazione sia dovuta a motivi di carattere transitorio, ha precisato che tale valutazione, ove congruamente motivata, involgendo un accertamento di fatto, spetta al giudice di merito ed è incensurabile in cassazione.

Sempre in ordine al concetto dello stato di abbandono, **Sez. 1, n. 01706/2019, Pazzi, 654429-02** ha delimitato l'ambito entro il quale la transitorietà della situazione di incapacità genitoriale si pone *ex se* in contrasto con l'interesse del minore, ribadendo, come già da ultimo Sez. 1, n. 16357/2018, Paolo Di Marzio, Rv. 649782-01, che costituisce situazione di abbandono anche quella rappresentata da un'incapacità genitoriale transitoria, ma il cui superamento tuttavia sia imprevedibile entro tempi compatibili con le esigenze di crescita del minore.

16.3. Il riconoscimento delle sentenze straniere di adozione, l'ordine pubblico e l'interesse del minore.

Deve essere segnalata, nell'ambito strettamente relativo al riconoscimento delle sentenze straniere di adozione, l'ordinanza interlocutoria adottata dalla Prima Sezione Civile (**Sez. 1, n. 29071/2019, Fidanzia, non massimata**), che ha rimesso al Primo Presidente la valutazione circa l'opportunità di rimettere alla trattazione delle Sezioni Unite, quale questione di massima particolare importanza, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., del ricorso avverso l'ordinanza della corte d'appello che aveva dichiarato l'efficacia nel nostro ordinamento dell'*Order of adoption* della *Surrogate's Court dello Stato di New York*, con la quale era stata pronunciata, secondo il diritto statunitense, l'adozione da parte di uno dei *partner* di una coppia omosessuale maschile di un minore già figlio adottivo dell'altro *partner*.

L'ordinanza interlocutoria ha richiamato la precedente pronuncia di Sez. 1, n. 14007/2018, Iufrida, Rv. 649527-01, che aveva escluso la contrarietà all'ordine pubblico *ex artt. 64 e 67 l. n. 218 del 1995*, in un caso in cui due donne cittadine francesi, coniugate tra loro, avevano chiesto il riconoscimento nel nostro Paese degli effetti delle sentenze, che avevano dichiarato l'adozione piena del figlio biologico di ciascuna da parte dell'altra, sul presupposto che *«il riconoscimento dell'adozione può essere rifiutato da uno Stato contraente solo se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, essa sia manifestamente contraria all'ordine pubblico»*, aggiungendo che *«Tale interesse, nella specie già vagliato dal giudice straniero, coincide con il diritto del minore al mantenimento della stabilità della vita familiare consolidatasi con entrambe le figure genitoriali, senza che abbia rilievo la circostanza che le stesse siano rappresentate da una coppia dello stesso sesso, non incidendo l'orientamento sessuale sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale»*.

Tuttavia, la medesima ordinanza interlocutoria ha posto in rilievo le differenze tra la fattispecie esaminata nella decisione appena portata e quella sottoposta al suo vaglio (nel precedente riportato, l'adozione legitimante era stata riconosciuta

rispetto ad un contesto familiare caratterizzato dalla presenza di almeno un genitore biologico) e ha anche considerato che, nel frattempo, dopo la menzionata pronuncia, era intervenuta **Sez. U, n. 12193/2019, Mercolino, Rv., 653931-03** (v. *infra*).

Tale ultima sentenza ha, infatti, precisato la nozione di ordine pubblico alla stregua del quale valutare la compatibilità del provvedimento giurisdizionale straniero, ponendo in rilievo come tale nozione, ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995 *«deve essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche nel modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»*.

L'ordinanza in esame ha così sottolineato che la nostra disciplina ordinaria ha espressamente escluso che l'equiparazione degli effetti tra le unioni civili e il matrimonio, entro gli ambiti descritti dall'art. 1, comma 20, della l. n. 76 del 2016, possa estendersi anche alle disposizioni di cui alla l. n. 184 del 1983, anche se ha precisato che resta comunque fermo quanto previsto, e consentito, in materia di adozione dalle disposizioni normative vigenti.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, l'ordinanza interlocutoria ha evidenziato che anche le Sezioni Unite, nella menzionata sentenza, nell'escludere, in caso di maternità surrogata, che possa attribuirsi prevalenza all'interesse dei minori alla conservazione dello *status filiationis* – in mancanza di un rapporto biologico con il genitore intenzionale – hanno comunque fatto riferimento alla presenza nel nostro ordinamento dell'adozione non legittimante di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983, quale clausola di chiusura del sistema, ma ha anche precisato che, nella specie, è stato chiesto il riconoscimento di un'adozione legittimante, che nel nostro ordinamento è consentita solo alle coppie legate dal vincolo del matrimonio.

In conclusione, nel ravvisare la necessità di rimettere alle Sezioni Unite la questione, l'ordinanza in esame ha ritenuto che *«la valutazione se il disfavore del legislatore italiano per l'adozione legittimante a favore delle coppie dello stesso sesso, oltre a rappresentare legittimo esercizio della potestà discrezionale del nostro Stato di regolare i rapporti giuridici in una determinata materia, costituisca, altresì l'espressione di principi e valori fondamentali ed irrinunciabili fondanti il nostro ordinamento – e come collocare nella gerarchia di valori l'interesse del minore alla conservazione del proprio status filiationis – involgendo delicatissimi e rilevanti profili di diritto, integra una questione di massima di particolare importanza»*. Inoltre, *«poiché negli Stati Uniti l'adozione legittimante viene pronunciata dopo avere acquisito esclusivamente il consenso preventivo dei genitori biologici del minore, si profila l'ulteriore questione di massima e*

particolare importanza sul se lo scrutinio di compatibilità con l'ordine pubblico devoluto all'Autorità giudiziaria italiana debba o meno includere la valutazione estera di adottabilità del minore».

17. La filiazione e gli atti dello stato civile.

Poche, ma importanti, sono state le pronunce della Corte di cassazione che, nel 2019, si sono occupate della formazione o della trascrizione degli atti dello stato civile riguardanti lo stato di figlio.

In una controversia promossa *ex art.* 95 d.lgs. n. 396 del 2000 contro il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di indicare nell'atto di nascita la paternità del neonato, in una fattispecie del tutto peculiare (v. *infra*), il Giudice di legittimità ha evidenziato che le dichiarazioni rese all'ufficiale dello stato civile, se dirette esclusivamente a dare pubblica notizia di eventi, quali la nascita o la morte, rilevanti per l'ordinamento dello stato civile, per il solo fatto di essersi verificati, impongono al menzionato ufficiale di riceverle e di formarne processo verbale per atto pubblico nei suoi registri, senza che gli spetti di stabilire la compatibilità o meno di detti eventi con l'ordinamento italiano e se, per questo, abbiano rilevanza e siano produttivi di diritti e di doveri. Qualora invece tali dichiarazioni siano, di per se stesse, produttive di effetti giuridici, riguardo allo *status* della persona cui si riferiscono, l'ufficiale dovrà rifiutare di riceverle, ove le ritenga in contrasto con l'ordinamento e con l'ordine pubblico (**Sez. 1, n. 13000/2019, Campese, Rv. 654254-01**).

Con riferimento invece al tema della trascrizione nei registri dello stato civile di atti formati all'estero, **Sez. U, n. 12193/2019, Mercolino, Rv. 653931-01**, ha ritenuto che il rifiuto di procedere alla trascrizione nei registri dello stato civile di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero e un cittadino italiano, dà luogo, se non determinato da vizi formali, a una controversia di stato, da risolversi mediante il procedimento disciplinato dall'art. 67 della l. n. 218 del 1995, in contraddittorio con il Sindaco, in qualità di ufficiale dello stato civile destinatario della richiesta di trascrizione, ed eventualmente con il Ministero dell'interno, legittimato a spiegare intervento in causa e ad impugnare la decisione in virtù della competenza ad esso attribuita in materia di tenuta dei registri dello stato civile.

Nella stessa sentenza, la Suprema Corte ha anche chiarito che, nel giudizio come sopra promosso ai sensi dell'art. 67 della l. n. 218 del 1995, il Pubblico Ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, in applicazione dell'art. 70, comma 1, n. 3, c.p.c., ma è privo della legittimazione a impugnare, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico (**Sez. U, n. 12193/2019, Mercolino, Rv. 653931-02**).

18. L'attribuzione dello *status filiationis* tra consenso e verità..

Le questioni concernenti il riconoscimento dello *status filiationis*, da sempre al centro di delicati conflitti, sono rese ancor più problematiche negli ultimi anni dalla diffusione delle pratiche di procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) e dal ricorso alla cd. maternità di sostituzione o maternità surrogata.

Alla genitorialità genetica si affianca e talvolta si contrappone la genitorialità intenzionale.

Il *favor veritatis*, che costituiva il tradizionale criterio-guida nell'attribuzione dello *status filiationis*, cede talvolta il passo ad altre regole, che guardano, da un lato, al consenso manifestato dagli aspiranti genitori (e, talvolta, dai genitori biologici in senso dismissivo), dall'altro lato al preminente interesse del minore.

A rendere il panorama di maggiore complessità vi è poi la maggiore restrittività della legislazione italiana rispetto a quella di altri Paesi. Nonostante alcuni interventi correttivi della Corte costituzionale, la n. 40 del 2004 resta una disciplina dall'ossatura rigida, nella disciplina dei requisiti di accesso alla p.m.a. e soprattutto nel divieto di maternità surrogata, la cui violazione è sanzionata penalmente.

Ciò inevitabilmente comporta che la maggior parte delle coppie che chiedono il riconoscimento della genitorialità intenzionale fuori dal perimetro, ancora angusto, della l. n. 40 del 2004, lo facciano dopo aver fatto ricorso alle pratiche di p.m.a. o di maternità surrogata all'estero.

L'ordinamento nazionale, talvolta obbedendo a una sorta di riflesso condizionato, innalza in tali casi la barriera dell'ordine pubblico e i giudici sono chiamati a rimeditare i confini di un istituto che, negli ultimi decenni, si era evoluto in direzione di tendenziale apertura ai principi del diritto umanitario sovranazionale.

Il 2019 si caratterizza per alcuni importantissimi arresti della giurisprudenza di legittimità nella materia in esame.

La pronuncia di maggiore risonanza è certamente quella con cui le Sezioni Unite si sono per la prima volta confrontate con un caso di maternità sostitutiva, in cui il problema dell'attribuzione dello *status filiationis* in favore del genitore intenzionale riguardava non già la madre non biologica di una coppia omosessuale femminile (come in alcune importanti pronunce del recente passato quali Sez. 1, n. 19599/2016, Lamorgese, Rv. 641310-01 e Sez. 1, n. 14878/2017, Dogliotti, Rv. 645080-01), ma il padre non biologico, componente di una coppia omosessuale di sesso maschile che aveva ottenuto il bambino a seguito di un contratto di maternità surrogata all'estero (nella specie, Canada).

All'esito di un'approfondita ricostruzione, la citata **Sez. U, n. 12193/2019, Micolino, Rv. 653931-04**, ha affermato che il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, con il quale sia stato accertato il rapporto

di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana, trova ostacolo nel divieto (penalmente sanzionato) di surrogazione di maternità, previsto dall'art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004. Tale principio è, secondo la Corte, espressiva di un principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione.

La tutela di tali valori, ritenuti non irragionevolmente prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire comunque rilievo al rapporto genitoriale d'intenzione, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983.

Di notevole impatto è anche la di poco successiva **Sez. 1, n. 13000/2019, Campese, Rv. 654254-03**, in cui si è posta la questione dello *status* da attribuire a un bambino nato a seguito di una fecondazione omologa *post mortem*, avvenuta mediante utilizzo del seme crioconservato.

La sentenza ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 8 della l. n. 40 del 2004 anche in tale ipotesi e ha dunque consentito alla attribuzione, nell'atto di nascita del minore, dello *status* di figlio di colui che sia deceduto prima della formazione dell'embrione. A tal fine, è però necessario che il padre genetico abbia prestato, congiuntamente al partner di sesso femminile, il consenso all'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ai sensi dell'art. 6 della medesima legge e senza che ne risulti la sua successiva revoca, e abbia altresì autorizzato, per dopo la propria morte, l'utilizzo suddetto. In tal caso, l'attribuzione dello stato di figlio si giustifica anche quando la nascita avvenga oltre i trecento giorni dalla morte del padre e deve dirsi dunque illegittimo il rifiuto dell'ufficiale di stato civile, al momento della formazione dell'atto di nascita, di indicare quale genitore del minore il padre morto in epoca anteriore a quella data.

19. Le azioni di disconoscimento e riconoscimento: questioni processuali.

Sul versante processuale delle azioni di stato, merita anzitutto di essere menzionata **Sez. 1, n. 18161/2019, Bisogni, Rv. 654543-01**, che pure non riguarda direttamente l'attribuzione dello *status filiationis*, ma un suo importante corollario.

La pronuncia ha ribadito il costante orientamento in tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori: il giudice è investito *ex art. 262*, commi 2 e 3, c.c. del potere-dovere di decidere su ognuna delle possibilità previste dalla disposizione in parola avendo riguardo, quale criterio di riferimento, unicamente all'interesse del minore e con

esclusione di qualsiasi automaticità, che non riguarda né la prima attribuzione (non essendo configurabile una regola di prevalenza del criterio del *prior in tempore*), né il patronimico (per il quale parimenti non sussiste alcun favor in sé).

Nell'ipotesi contraria, ossia di interesse al mantenimento del cognome paterno da parte del figlio disconosciuto, **Sez. 1, n. 28518/2019, Scalia, Rv. 655564-01**, ha affermato trattarsi di un diritto potestativo e personalissimo, che sul piano processuale deve dunque tradursi in una espressa domanda di accertamento da proporsi in sede giudiziale, anche in via riconvenzionale ed eventualmente subordinata all'accoglimento di quella principale, non potendosi ritenere ricompresa nella generica opposizione all'azione di disconoscimento proposta nei suoi confronti.

Passando a questioni più tecniche, va anzitutto citata **Sez. 1, n. 05242/2019, Caiazza, Rv. 652730-01**, con cui la Suprema Corte ha sancito che una delle più importanti novità della recente riforma della filiazione (d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), quella che prevede l'imprescrittibilità dell'azione di disconoscimento di paternità proposta dal figlio, ai sensi del nuovo art. 244 c.c. novellato, si applica anche ai giudizi già pendenti alla data di entrata in vigore della nuova normativa, in quanto non espressamente esclusa dalle disposizioni transitorie di cui all'art. 104, commi 7 e 9, del medesimo d.lgs. n. 154 del 2013.

Sempre in tema di azione di disconoscimento e di novità legislative, merita segnalazione **Sez. 1, n. 28521/2019, Laura Tricomi, non massimata**, in un caso in cui il giudice di merito aveva ritenuto di non ascoltare il minore infradodicenne, affetto da problemi di linguaggio.

La Corte ha ribadito che il diritto del minore, ultradodicenne e infradodicenne capace di discernimento, di essere ascoltato nel procedimento che lo riguardi è un elemento di primaria importanza ai fini dello sviluppo della sua personalità e costituisce un diritto assoluto, imposto dalle convenzioni internazionali e oggi espressamente sancito dall'art. 315 *bis* c.c., nuovo testo (v. *supra* la giurisprudenza richiamata in materia di affidamento del minore nei procedimenti separativi).

Nell'ambito del giudizio di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio, da tempo la giurisprudenza (v. Sez. 1, n. 17277/2014, Benini, Rv. 632544-01) trae dall'art. 250 c.c. la regola per cui, se l'azione è proposta da uno solo dei genitori, il genitore che abbia già operato il riconoscimento è litisconsorte necessario.

Sez. 1, n. 10775/2019, Valitutti, Rv. 653904-01, ha esteso tale regola all'azione di impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento di un figlio nato da genitori non uniti in matrimonio, *ex* art. 263 c.c.: la ragione va ricercata nel fatto che l'acquisizione di un nuovo *status* da parte del minore è idonea a determinare una rilevante modifica della situazione familiare, della quale resta in ogni caso partecipe l'altro genitore.

I profili probatori delle azioni volte all'accertamento della paternità sono stati affrontati dalle seguenti pronunce.

Sez. 1, n. 07197/2019, Scalia, Rv. 653633-01 ha ribadito che, in tema di dichiarazione giudiziale della paternità, la prova dell'esistenza di rapporti sessuali tra il presunto padre e la madre, nel periodo di concepimento del bambino, assume un elevato rilievo indiziario ai sensi dell'art. 269, comma 4, c.c., non è sufficiente a provare la paternità, occorrendo anche l'accertamento almeno di un ulteriore dato indiziario, che sia stato correttamente declinato dal giudice di merito nel suo nucleo essenziale, individuato senza decontestualizzazioni, per una complessiva ed univoca lettura.

Sulle conseguenze che è possibile trarre dall'atteggiamento del preteso padre verso la richiesta di accertamenti ematologici, **Sez. 6-1, n. 28886/2019, Nazzicone, Rv. 656093-01**, ha affermato che il suo rifiuto di sottoporvisi costituisce un comportamento valutabile dal giudice, *ex art.* 116, comma 2, c. p.c., di così elevato valore indiziario da consentire, esso solo, di ritenere fondata la domanda.

20. Azioni di stato filiale e rapporti con gli altri giudizi.

In argomento, merita di essere segnalata **Sez. 6-3, n. 23989/2019, Scrima, Rv. 655125-02**, ove la Suprema Corte ha ritenuto che la pendenza di un giudizio per la dichiarazione di paternità naturale, promosso nei confronti degli eredi di un soggetto deceduto in un incidente stradale, non giustifica la sospensione *ex art.* 295 c.p.c. del processo intrapreso dagli stessi eredi nei confronti di terzi per il risarcimento dei danni subiti a causa della morte della vittima del sinistro, ove in quest'ultimo processo non abbia spiegato intervento, affermando il proprio *status* di figlio naturale e proponendo domanda risarcitoria, l'attore del giudizio relativo alla dichiarazione di paternità.

In motivazione, la Corte, richiamando un precedente conforme, ha evidenziato che l'efficacia *erga omnes* della decisione sullo *status* diviene operativa e vincola il terzo soltanto una volta che si è formato il giudicato e pertanto non giustifica la sospensione necessaria del processo, in cui il terzo contraddica con le parti fra cui si svolge in altra sede il giudizio sullo *status*, in quanto quel terzo, fintanto che non si formi un giudicato, che comporti una nuova disciplina sostanziale, ha diritto di considerare regolato lo *status* dalla disciplina sostanziale che, nel giudizio cui egli è estraneo, è posta in discussione (negli stessi termini, ma con riferimento ad una fattispecie diversa, v. **Sez. 3, n. 19293/2005, Frasca, Rv. 585098-01**).

CAPITOLO III

I DIRITTI DEI CITTADINI STRANIERI

(DI MARINA CIRESE, CHIARA GIAMMARCO, ALDO NATALINI, DONATELLA SALARI)¹

SOMMARIO: 1. Questioni processuali vecchie e nuove nelle controversie in materia di protezione internazionale. - 1.1. La competenza ed il rito applicabili alla protezione umanitaria ai sensi del d.l. n. 13 del 2017, prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 113 del 2018. - 1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011. - 1.3. Le modifiche alla sospensione feriale dei termini introdotte dal d.l. n. 13 del 2017. - 1.4. I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017. - 1.5. Questioni di competenza per territorio. - 1.6. La composizione del giudice (il ruolo dei g.o.t. nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale). - 1.7. La garanzia della traduzione degli atti per i richiedenti asilo. - 1.8. La fase istruttoria del procedimento per la protezione internazionale: l'udienza e l'audizione del ricorrente. - 1.9. L'onere probatorio attenuato ed il dovere di allegazione del richiedente, la valutazione di credibilità delle sue dichiarazioni e il dovere di cooperazione del giudice. - 1.10. I vizi del procedimento amministrativo davanti alla C.T. ed alla Commissione nazionale per il diritto di asilo e la valutazione del giudice dell'impugnazione. - 1.11. I vizi della motivazione del provvedimento giurisdizionale e le garanzie di difesa del richiedente nel procedimento di impugnazione. - 1.12. La reiterazione della domanda per il riconoscimento della protezione internazionale. - 1.13. Ricorso per cassazione: ragioni di inammissibilità. - 1.14. Ammissione al patrocinio a spese dello Stato e raddoppio del contributo unificato. - 2. Cenni sulla protezione internazionale in generale. - 3. I presupposti del riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria. - 4. Il diritto alla protezione umanitaria: premessa. - 4.1. La protezione umanitaria. - 4.2. Le ragioni umanitarie e il regime probatorio. - 4.3. La nuova protezione umanitaria ed i regimi intertemporali. - 5. L'espulsione amministrativa. - 5.1 I casi di inespellibilità. - 5.2. Il trattenimento dello straniero e le misure alternative. - 6. La tutela dell'unità familiare e dei minori: premessa. - 6.1 I limiti al divieto di espulsione: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana. - 6.2 L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare. - 7. Apolidia e cittadinanza in generale. - 7.1. I modi di acquisto della cittadinanza.

1. Questioni processuali vecchie e nuove nelle controversie in materia di protezione internazionale.

Nel rinviare a quanto più diffusamente esposto nelle specifiche rassegne sul tema (Rel. n. 108 e n. 119 del 2018, n. 91 e n. 84 del 2019), ci si limiterà qui a ricordare che il 17 agosto 2017 sono entrate in vigore le innovazioni ordinamentali e processuali previste dal decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, conv., con modif., in legge 13 aprile 2017, n. 46, che ha ridisegnato il sistema giurisdizionale relativo alle controversie in materia di protezione internazionale, disponendo che tali controversie – per la cui trattazione era previsto in precedenza il rito sommario di cognizione e l'appello avverso la decisioni del tribunale – siano trattate con il rito

¹ Chiara Giammarco ha redatto il paragrafo 1, comprensivo dei sottoparagrafi, e 3; Donatella Salari i paragrafi 2, 4 e 7, comprensivi dei sottoparagrafi; Aldo Natalini il paragrafo 5, comprensivo del sottoparagrafo, Marina Cirese il paragrafo 6, comprensivo del sottoparagrafo, ed ha curato anche il coordinamento del capitolo.

camerale in unico grado, prevedendo, peraltro, che la fissazione dell'udienza, e, conseguentemente, l'audizione dell'interessato, non siano più obbligatorie, come nel regime previgente, ma siano discrezionalmente disposte dal giudice quando le ritiene necessarie. In relazione a tale tema, e, dunque, sull'interpretazione dell'art. 35-bis, commi 10 e 11, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25 (inserito dall'art. 6, c. 1, lett. g) del decreto legge 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con modif. nella legge 13 aprile 2017, n. 46), come si vedrà di seguito, la S.C. si è espressa con diverse pronunce, che via via hanno definito, differenziandoli, il tema della fissazione dell'udienza da quello dell'audizione del ricorrente. Tema sul quale la giurisprudenza di merito si era da subito espressa con pronunce totalmente discordanti. Altro tema di centrale importanza, sul quale la S.C. si è pronunciata, da ultimo a sezioni unite, e per il quale si rimanda al § 4.3, è quello relativo all'applicabilità della disciplina abrogatrice dei permessi di soggiorno per ragioni umanitarie ai procedimenti per il riconoscimento della protezione umanitaria già pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 13 del 2017. La Corte di legittimità è intervenuta, inoltre, su un altro tema, oggi superato dalle modifiche apportate dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 (conv. con modif. nella legge 1 dicembre 2018, n. 132), ma ancora attuale per le controversie introdotte prima dell'entrata in vigore di tale decreto, relativamente alla competenza ed al rito applicabili alla protezione umanitaria, di cui si dirà nel successivo paragrafo. Quanto al resto, le pronunce della Corte hanno cercato di definire più nettamente i confini tra l'onere di allegazione e l'onere probatorio in senso stretto del richiedente, il dovere di cooperazione istruttoria tanto del giudice che del richiedente, la procedimentalizzazione del giudizio sulla credibilità delle dichiarazioni dello straniero ed il rapporto tra la valutazione ad esse relativa ed il dovere di cooperazione istruttoria del giudice. Infine, il contenuto di tale dovere in capo al richiedente ed al giudice.

1.1 . La competenza ed il rito applicabili alla protezione umanitaria ai sensi del d.l. n. 13 del 2017, prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 113 del 2018.

La questione della competenza e del rito applicabili alla protezione umanitaria si era posta poiché il d.l. n. 13 del 2017, nell'istituire presso i Tribunali ordinari del luogo nel quale hanno sede le Corti d'appello le sezioni specializzate in materia di immigrazione, aveva attribuito ad esse la competenza nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione umanitaria «nei casi di cui all'art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, vale a dire nei casi in cui la C.T., non accogliendo la domanda di protezione internazionale (*status* di rifugiato o di protezione sussidiaria), trasmette[va] gli atti al Questore per il rilascio del permesso ex art. 5, comma 6, del

decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (T.U.I.), perché ravvisa[va] la sussistenza di gravi motivi di carattere umanitario. L'articolo, tuttavia, non chiariva quale fosse il rito da osservare per tali controversie. Inoltre, l'art. 35-bis d.lgs. n. 25 del 2008, nel disciplinare lo speciale rito davanti alle sezioni specializzate, lo riserva in modo esplicito solo ai ricorsi di cui all'art. 31, comma 1, ossia ai ricorsi «avverso la decisione della C.T. e la decisione della Commissione nazionale sulla revoca o sulla cessazione dello *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria», senza menzionare i casi di protezione umanitaria.

Sul punto **Sez. 1 n. 16458/2019, Parise, Rv. 654637-01** ha affermato che nei procedimenti instaurati prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, qualora sia stata proposta esclusivamente la domanda di protezione umanitaria, la competenza per materia appartiene alla sezione specializzata del Tribunale in composizione monocratica, che giudica secondo il rito ordinario *ex art. 281-bis* e ss. c.p.c. o, ricorrendone i presupposti, secondo il procedimento sommario di cognizione *ex art. 702-bis* e ss. c.p.c. e pronuncia sentenza o ordinanza impugnabile in appello, atteso che il rito previsto dall'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, con le peculiarità che lo connotano (composizione collegiale della sezione specializzata, procedura camerale e non reclamabilità del decreto), ha un ambito di applicazione espressamente limitato alle controversie di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008 e a quelle relative all'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Unità Dublino.

1.2. Il giudizio di appello nel vigore dell'art. 19 del d.lgs. n. 150 del 2011.

Sul tema del procedimento d'appello si registrano poche pronunce, tutte relative a questioni processuali attinenti agli atti introduttivi del procedimento.

Sez. 1 n. 30968/2019, Terrusi, Rv. 656274-01, si è occupata del tema della possibilità dell'assegnazione di un nuovo termine per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza in un caso in cui la parte, che aveva impugnato l'ordinanza del tribunale, non aveva proceduto alla loro notifica entro il termine fissato. La Corte di legittimità ha negato tale possibilità poiché, da un lato, pur trattandosi di un termine non perentorio, l'omesso espletamento di un incombente processuale esula dall'ambito dell'art. 154 c.p.c. (che prevede, quale presupposto per l'abbreviazione o per la proroga del termine, che questo non sia comunque ancora scaduto), dall'altro, per la necessità di evitare che sia consentito alla parte di essere arbitra dei tempi del processo d'appello, allungandone, con condotte omissive, la ragionevole durata.

Sempre in relazione agli atti introduttivi, poi, **Sez. 1, n. 32961/2019, Oliva, Rv. 656499 – 01**, ha affermato la tempestività dell'appello nel termine lungo, *ex art. 327*

c.p.c., interposto dall'Amministrazione rimasta contumace in primo grado, alla quale non era stata notificata l'ordinanza emessa dal tribunale *ex art. 702 ter c.p.c.*

Infine, in tema di audizione del richiedente nel giudizio di appello, **Sez. 6-1, n. 14600/2019, Marulli, Rv. 654301-01** ha dato seguito al principio, già espresso in precedenza da Sez. 6-1, n. 03003/2018, Lamorgese, Rv. 647297-01, che, a sua volta, si riportava al principio di diritto già espresso da Sez. 6-1 n. 24544/2011, Macioce, Rv. 619702-01, che nell'omessa audizione del richiedente in ordine ad una domanda di protezione internazionale non è ravvisabile una violazione processuale sanzionabile a pena di nullità, atteso che il rinvio, contenuto nell'art. 35, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, al precedente comma 10, che prevede l'obbligo di sentire le parti, non si configura come un incombente automatico e doveroso, ma come un diritto della parte di richiedere l'interrogatorio personale, cui si collega il potere officioso del giudice d'appello di valutarne la specifica rilevanza.

1.3. Le modifiche alla sospensione feriale dei termini introdotte dal d.l. n. 13 del 2017.

Ai sensi dell'art. 35 *bis*, comma 14, del d.lgs. n. 25 del 2008, introdotto dal d.l. n. 13 del 2017, la sospensione feriale dei termini, prevista in via generale dall'art. 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 742, e pacificamente ritenuta operante durante la vigenza della precedente normativa (che nulla stabiliva al riguardo) alle controversie in materia di protezione internazionale, non è ad esse più applicabile.

Conformemente a quanto affermato già da Sez. 6-1 n. 16420/2018, Acierno, Rv. 649789-01, **Sez. 6-1 n. 22304/2019, Acierno, Rv. 655323-01** ha ribadito che la modifica legislativa è applicabile solo ai ricorsi contro le decisioni della Commissione Territoriale, depositate successivamente al 17 agosto 2017 (data di entrata in vigore delle norme processuali del d.l. n. 13 del 2017).

1.4. I rilievi di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017.

Va ricordato che nel corso del 2018, la S.C. ha affrontato, ritenendole manifestamente infondate, le questioni di costituzionalità sul d.l. n. 13 del 2017 relative: all'uso del decreto legge per varare la riforma, considerato in contrasto con l'art. 77 Cost. per la mancanza del requisito della straordinaria necessità ed urgenza (Sez. 1, n. 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-01, alla quale ha fatto seguito Sez. 1 n. 28119/2018, Lamorgese, Rv. 651799-02); all'art 35 *bis*, comma 12, del d.lgs. n. 25 del 2008 (introdotto dal d.l. n. 13 del 2017), in ordine alla scelta del legislatore di adottare il rito camerale – scelta censurata anche in relazione alla contestuale modifica della disciplina dell'udienza – per la violazione degli artt. 3, 24, 11, 117 Cost., nonché in relazione all'art. 46, par. 3, della direttiva 2013/33/UE ed agli artt.

6 e 13 CEDU (Sez. 1, n. 17717/2018, Di Marzio M., Rv.649521-02); all'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, per asserita violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., in ragione della brevità del termine (trenta giorni) per proporre ricorso per cassazione (Sez. 1, 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-03, seguita da Sez. 1, n. 28119/2018, Lamorgese, Rv. 651799-03); all'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, sollevata in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., per la previsione della necessità che la procura alle liti sia conferita, a pena di inammissibilità, in data successiva alla comunicazione del decreto da parte della cancelleria (Sez. 1, 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-04); alla mancata previsione dell'appello nel nuovo rito per la protezione internazionale (Sez. 1, n. 27700/2018, Di Marzio M., Rv. 651122-01, alla quale ha fatto seguito Sez. 1 n. 28119/2018, Lamorgese, Rv. 651799-01); all'art. 35 *bis*, comma 13, del d.lgs. n. 25 del 2008, per contrasto con gli articoli 3, 24 e 111 Cost., relativamente alla previsione che dispone il venir meno della sospensione degli effetti esecutivi del provvedimento impugnato (che si determina, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, al momento della proposizione del ricorso avverso la decisione della Commissione Territoriale), nel caso in cui il tribunale abbia rigettato il ricorso con decreto anche non definitivo (Sez. 1 n. 32319/2018, Lamorgese, Rv. 651902-01).

L'unico profilo di legittimità costituzionale affrontato dalla Corte di legittimità nel corso del 2018 è quello relativo all'art. 35 *bis*, comma 17, del d.lgs. n. 25 del 2008, che prevede la revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nel caso di manifesta infondatezza della domanda di protezione internazionale.

La questione era stata sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., ma **Sez. 6-1, n. 24109/2019, Di Marzio M., Rv. 655453-01**, ne ha escluso la fondatezza, in considerazione del fatto che *«l'ordinamento assicura ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione, ma non è affatto detto, sul piano del precetto costituzionale, che debba assicurare i mezzi per formulare domande manifestamente infondate, sicché deve ritenersi pienamente compatibile, sul piano costituzionale, la previsione della revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, a fronte della manifesta infondatezza delle domande, spettando al giudice di merito che procede, del tutto ragionevolmente, stabilire se la manifesta infondatezza vi sia oppure no»*.

1.5. Questioni di competenza per territorio.

In tema di competenza per territorio, ma in relazione ad una fattispecie per la quale, *ratione temporis*, in base alla data del deposito del ricorso, è stata ritenuta applicabile la disciplina sulla competenza per territorio antecedente a quella introdotta con il d.l. n. 13 del 2017, **Sez. 6-1, n. 1578/2019, Bisogni, Rv. 652674-01**, ha affermato che è competente a decidere sul ricorso per il riconoscimento della

protezione internazionale, nel caso in cui il ricorrente non sia presente in una struttura di accoglienza governativa o in una struttura del sistema di protezione (di cui all'art. 1 *sexies* del decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416, conv. nella legge 28 febbraio 1990, n. 39 - in base alla normativa applicabile prima dell'entrata in vigore dell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 13 del 2017), il tribunale in composizione monocratica del capoluogo del distretto di corte di appello in cui ha sede la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale, o la sua sezione che ha pronunciato il provvedimento impugnato.

E' relativa invece, al nuovo rito, **Sez. 6-1, n. 18757/2019, Acierno, Rv. 654721-01**, che ha affrontato per la prima volta il tema dell'applicabilità del c.d. "criterio correttivo di prossimità" della competenza territoriale (previsto dall'art. 4, comma 3, del d.l. n. 13 del 2017) oltre che ai casi di ricorsi avverso il provvedimento della C.T. in tema di protezione internazionale, anche ai casi di impugnativa del provvedimento dell'Unità Dublino in tema di individuazione del paese competente all'esame della domanda per il riconoscimento della protezione internazionale.

La S.C., sulla base dell'esame comparato delle disposizioni di cui agli artt. 4, comma 3, del d.l. n. 13 del 2017 (che prevede una modifica alle regole generali di competenza nel caso in cui lo straniero sia presente in una struttura di accoglienza governativa o in una struttura del sistema di protezione, caso in cui la competenza territoriale della sezione specializzata è determinata in base al luogo in cui ha sede la struttura o il centro, anziché, come previsto in via generale dall'art. 4, comma 1, dalla sezione specializzata nella cui circoscrizione ha sede l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato), dell'art. 3, c. 3 e 3 *bis*, del d.lgs. n. 25 del 2008, sia nella formulazione applicabile *ratione temporis* - che prevedeva che la decisione fosse assunta solo dall'unica autorità centrale presso il Ministero degli interni - sia nella formulazione successiva alla modifica - che ha previsto "articolazioni territoriali operanti presso le prefetture individuate con decreto del Ministro dell'interno" - è giunta alla conclusione dell'inapplicabilità del criterio correttivo della competenza ai casi di impugnativa dei provvedimenti dell'Unità Dublino.

La Corte di legittimità, infatti, ha ritenuto che, diversamente che per le Commissioni territoriali, per l'Unità Dublino, sia prima che dopo l'istituzione di sue articolazioni territoriali, i commi 3 e 3-*bis* dell'art. 3 del d.lgs. n. 13 del 2017 non prevedono una ripartizione per circoscrizioni che consenta di effettuare un collegamento territoriale effettivo tra la struttura o il centro di accoglienza in cui è ospitato il ricorrente e l'autorità che ha adottato il provvedimento, così da giustificare l'applicazione del suddetto criterio "correttivo di prossimità".

Sul tema deve tuttavia segnalarsi il recente consapevole *revirement* della S.C. che con **Sez. 6-1, n. 31127/2019, Acierno, Rv. 656292-01**, ha espresso il principio contrario, valorizzando la necessità di interpretare il quadro normativo, già preso in

esame dall'ordinanza appena illustrata, in modo costituzionalmente orientato, in *“funzione dell'attuazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Cost.”*

Ha ritenuto, pertanto, la Corte che in tale ambito «la posizione strutturalmente svantaggiata del cittadino straniero in relazione all'esercizio del diritto di difesa, induce a ritenere preferibile ai fini del radicamento della competenza territoriale, il collegamento territoriale con la struttura di accoglienza del ricorrente, fissandolo nella sede della sezione specializzata in materia di immigrazione del tribunale più prossimo ad essa, da individuarsi in quella nella cui circoscrizione ha sede la struttura od il centro ove il cittadino sia ospitato. Tale principio, ha sottolineato la S.C., “è coerente anche con l'obbligo, imposto dall'art. 13 Cedu e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di garantire un ricorso effettivo “ad ogni persona ed è applicabile anche in relazione al quadro normativo innovato dal d.l. n. 113 del 2018», che ha previsto tre articolazioni territoriali dell'Unità Dublino presso le prefetture.

1.6. La composizione del giudice (il ruolo dei g.o.t. nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale).

Sez. 6-1, n. 3356/2019, Iofrida, Rv. 652464-01, ha affrontato il tema della partecipazione dei g.o.t. al procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, in un caso in cui lo straniero era stato sentito in udienza da un g.o.t. non appartenente alla sezione immigrazione, che aveva poi rimesso la causa per la decisione al collegio della sezione specializzata, affermando che tale procedimento non è affetto da nullità.

La Corte di legittimità, infatti, ha richiamato la giurisprudenza resa nell'ambito di altri procedimenti, per la quale non sono state ritenute affette da nullità decisioni assunte da giudici onorari nell'ambito di materie tabellarmente sottratte alla loro potestà decisoria (non potendosi ritenere che la violazione di regole tabellari incida sulla composizione dell'ufficio, non essendo tale nullità prevista da alcuna norma di legge), ma ha tuttavia rilevato come, nel caso di specie, l'attività svolta dal g.o.t. fosse pienamente autorizzata anche dalle circolari del Consiglio Superiore della Magistratura. In particolare, la pronuncia ha richiamato la delibera 15 giugno 2017 del C.S.M. che espressamente ha previsto sia la possibilità che i g.o.t. siano inseriti nelle sezioni specializzate, nell'ambito di un'attività c.d. di “affiancamento”, sia che siano delegati dal magistrato togato per “compiti e attività, anche a carattere istruttorio” ritenute dal medesimo utili alla decisione dei procedimenti. La S.C. ha, inoltre, affermato che nel caso di specie non è ravvisabile neanche la violazione dell'art. 276 c.p.c. sull'immutabilità del giudice, dovendosi ritenere tale principio

limitato alla necessità che i giudici che deliberano la sentenza siano i medesimi dinanzi ai quali sono state precisate le conclusioni .

1.7. La garanzia della traduzione degli atti per i richiedenti asilo.

In base all'art. 10, comma 4 del d.lgs. n. 25 del 2008, «Tutte le comunicazioni concernenti il procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale sono rese al richiedente nella prima lingua da lui indicata o, se ciò non è possibile, in lingua inglese, francese, spagnola o araba, secondo la preferenza indicata dall'interessato. In tutte le fasi del procedimento connesse alla presentazione e all'esame della domanda, al richiedente è garantita, se necessario, l'assistenza di un interprete della sua lingua o di altra lingua a lui comprensibile. Ove necessario, si provvede alla traduzione della documentazione prodotta dal richiedente in ogni fase della procedura». In base al comma 5, inoltre, «In caso di impugnazione della decisione in sede giurisdizionale, allo straniero, durante lo svolgimento del relativo giudizio, sono assicurate le stesse garanzie di cui al presente articolo».

Sez. 6-1, 11271/2019, Falabella, Rv. 653479-01, Sez. 6-1 n. 11295/2019, Scaldaferrì, Rv. 653483-01, Sez. 1, n. 13086/2019, Scotti, Rv. 654172-01, Sez. 6-1, n. 18723/2019, Falabella, Rv. 654720-01, tutte relative a casi in cui era stata dedotta la nullità del provvedimento di rigetto della C.T. per la mancata traduzione dello stesso in una lingua conosciuta dal richiedente, nel richiamare i precedenti di Sez. 6-1- n. 7385/2017, Scaldaferrì, Rv. 643652-01, e Sez. 6-1, n. 11871/2014, Macioce, Rv. 631323-01, dichiarando inammissibili i relativi motivi di ricorso, hanno affermato che la censura relativa all'omessa traduzione della decisione della C.T. non può limitarsi a lamentare genericamente la violazione del relativo obbligo, ma deve necessariamente indicare in modo specifico quale atto non tradotto abbia determinato un *vulnus* all' "esercizio del diritto di difesa". Sulla stessa linea si pone Sez. 1, 17318/19, Vella, Rv. 654643-01.

Ha preso in esame una fattispecie diversa da quella oggetto dei provvedimenti sopra illustrati, poiché relativa ad un caso in cui non era stata eccepita la nullità del provvedimento amministrativo della C.T., ma la nullità del provvedimento giurisdizionale reso in fase di impugnazione della decisione della C.T., **Sez. 1, n. 23760/19, Scotti, Rv. 655336-01**.

Con tale decisione la Corte di legittimità, interpretando i commi 4 e 5 dell'art. 10 del d.lgs. n. 25 del 2008, ha affermato che tale articolo «*non può essere interpretato nel senso di prevedere fra le misure di garanzia a favore del richiedente anche la traduzione nella lingua nota del provvedimento giurisdizionale decisivo che definisce le singole fasi del giudizio*», e ciò «*anche a prescindere dall'argomento testuale, che riferisce la previsione all'ambito endo-procedimentale («...durante lo svolgimento...») di per sé non decisivo*». Infatti, continua la S.C.,

l'analisi del testo del 4 e 5 comma dell'art. 10 - che fanno sempre riferimento alle *“comunicazioni concernenti il procedimento”*, alle *“fasi del procedimento relative alla presentazione o all'esame della domanda”*, alla *“traduzione della documentazione prodotta dal richiedente in tutta la fase della procedura”* consentono di ritenere che *«La garanzia linguistica è... assicurata : a) per le comunicazioni, preordinate ad assicurare la partecipazione del richiedente, b) per tutte le interlocuzioni connesse alla presentazione ed all'esame della domanda, imponendo pertanto l'assistenza dell'interprete in caso di contatto diretto fra la parte e il Giudice in modo da acquisire al processo un contributo dichiarativo informato e consapevole da parte del richiedente asilo (interrogatorio libero, spontanee dichiarazioni, rinnovo o integrazione del colloquio personale), con l'introduzione di una regola più ampia e protettiva di quella sancita in via generale dall'art.122, comma 2, cod.proc.civ., ed infine c) per le produzioni documentali, anche in questo caso introducendo una deroga al regime discrezionale di cui all'art.123 cod.proc.civ.»*

Il che, quindi «non impone ...la traduzione in lingua nota al richiedente asilo del provvedimento giurisdizionale con cui il giudice adito definisce il grado del giudizio avanti a lui. E ciò ben si comprende, ove si rifletta sul fatto che un pregiudizio scaturente dalla mancata traduzione in lingua nota dei provvedimenti giurisdizionali non sarebbe comunque configurabile, neppure in linea di principio. Infatti il richiedente asilo, ricorrente in sede giurisdizionale, partecipa al giudizio con il ministero e l'assistenza tecnica di un difensore abilitato, se del caso retribuito dall'Erario attraverso il sistema del patrocinio statale, perfettamente in grado di comprendere e spiegare al proprio cliente nell'ambito della relazione difensiva (e tenuto a farlo per obbligo professionale), i contenuti, la portata e le conseguenze delle pronunce giurisdizionali che lo riguardano. E, d'altro canto, anche in linea generale, nel nostro ordinamento processuale la decisione che definisce il grado di giudizio viene comunicata, normalmente in via telematica, al difensore della parte regolarmente costituita, a cui pure deve essere indirizzata la notificazione dello stesso provvedimento al fine di provocare la decorrenza del termine «breve» per l'impugnazione ai sensi dell'art.327 cod.proc.civ».

1.8. La fase istruttoria del procedimento per la protezione internazionale: l'udienza e l'audizione del ricorrente.

Nell'anno appena trascorso, la Corte di legittimità aveva già affrontato il nodo interpretativo relativo alla nuova disciplina dell'udienza introdotta dal d.l. n. 13 del 2017 con l'art. 35 *bis*, commi 10 e 11 del d.lgs. n. 25 del 2008, la cui formulazione non univoca aveva portato i giudici di merito e la dottrina a fornirne interpretazioni contrastanti (il comma 10 dispone che *«è fissata udienza per la comparizione delle parti esclusivamente nei casi in cui il giudice: a) visionata la videoregistrazione di cui al comma 8, ritiene necessario disporre l'audizione dell'interessato; b) ritiene indispensabile richiedere chiarimenti alle*

parti; c) dispone consulenza tecnica ovvero anche d'ufficio, l'assunzione di mezzi di prova», mentre il comma 11 aggiunge che «l'udienza è altresì disposta quando ricorra almeno una delle seguenti ipotesi: a) la videoregistrazione non è disponibile; b) l'interessato ne abbia fatto motivata richiesta nel ricorso introduttivo e il giudice, sulla base delle motivazioni esposte dal ricorrente, ritenga la trattazione del procedimento in udienza essenziale ai fini della decisione; c) l'impugnazione si fonda su elementi di fatto non dedotti nel corso della procedura amministrativa di primo grado») per il cui approfondimento si rimanda alla relazione di questo Ufficio n. 108 del 2018.

La modifica legislativa, peraltro, va letta unitamente alle nuove norme che regolano la fase amministrativa davanti alle Commissioni Territoriali, nel corso della quale ora l'art. 14 del d.lgs. n. 25 del 2008 prevede che l'audizione del cittadino straniero sia «*videoregistrata con mezzi audiovisivi*» ed il relativo verbale «*trascritto in lingua italiana con l'ausilio di sistemi automatici di riconoscimento vocale*».

Il comma 5 prosegue aggiungendo che, «in sede di ricorso giurisdizionale avverso la decisione della Commissione territoriale, la videoregistrazione e il verbale di trascrizione sono resi disponibili all'autorità giudiziaria in conformità alle specifiche tecniche di cui al comma 8 ed è consentito al richiedente l'accesso alla videoregistrazione». Tuttavia, le “specifiche tecniche” - che, in base al comma 8 del novellato art. 14 d.lgs. n. 25 del 2008, avrebbero dovuto essere stabilite «d'intesa tra i Ministeri della giustizia e dell'interno, con decreto direttoriale, da adottarsi entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente articolo, pubblicato sulla gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, sui siti internet dei medesimi Ministeri, sentito, limitatamente ai profili inerenti alla protezione dei dati personali, il Garante per la protezione dei dati personali» - non sono ancora state adottate, con la conseguenza che il colloquio del richiedente è verbalizzato in modo riassuntivo ed è questo verbale che viene messo a disposizione dell'autorità giudiziaria in caso di impugnazione della decisione della C.T.

Va qui ricordato che il tema dell'udienza e dell'audizione del richiedente acquistano un rilievo centrale nel rito della protezione internazionale, per le peculiarità proprie di tale giudizio che, pur inserendosi nell'alveo dei giudizi civili, è tuttavia indiscutibilmente caratterizzato dall'attenuazione del principio dispositivo e dalla previsione di un dovere di cooperazione del giudice, rispetto all'acquisizione della prova, che sono espressioni del principio di tutela giurisdizionale effettiva, sancito dagli artt. 6 e 13 CEDU, ribadito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e riconosciuto da Sez. 1, n. 11564/2015, Lamorgese, Rv. 635649-01, in motivazione, e Sez. 3, n. 21255/2013, Travaglino, Rv. 628700-01, come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto «*ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato*».

Nel corso del 2018 la S.C. con Sez. 1, n. 17717/2018, Di Marzio M., Rv. 649521-05, Sez. 6-1 n. 27182/2018, Lamorgese, Rv. 651513-01 e Sez. 1, n. 32029/2018, Genovese, Rv. 651982-01, aveva chiarito che il comma 10 dell'art. 35 *bis* prevede ipotesi in cui il giudice può fissare discrezionalmente l'udienza, mentre il comma 11 prevede i casi in cui egli deve (almeno tendenzialmente) fissarla, affermando che, ove manchi la videoregistrazione per motivi tecnici, e ne sia stata fatta richiesta, il giudice deve obbligatoriamente fissare l'udienza, configurandosi altrimenti la nullità del decreto pronunciato all'esito del ricorso, per inidoneità del procedimento così adottato, a realizzare lo scopo del pieno dispiegamento del principio del contraddittorio. La Corte aveva tuttavia precisato, richiamando la pronuncia della Corte di Giustizia UE, 26 luglio 2017, nella causa C-348/16, che dalla necessaria fissazione dell'udienza non deriva la necessaria audizione del richiedente.

Nel 2019 hanno ribadito il predetto principio **Sez. 1, n. 3029/2019, Pazzi, Rv. 652410-01, Sez. 6-1, n. 2817/2019, Mercolino, Rv. 652463-01, Sez. 6-1, n. 14148/2019, Pazzi, Rv. 654198-01, Sez. 6-1, n. 17076/2019, Tricomi, Rv. 65445-01.**

Sez. 1, n. 10786/2019, Valitutti, Rv. 653473-01 e Sez. 1, n. 32919/2019, Marulli, non massimata, hanno precisato che l'omessa fissazione dell'udienza rende nullo il decreto che decide sul ricorso avverso il provvedimento della C.T. per la violazione del principio del contraddittorio, incidente sul diritto di difesa del ricorrente e che a tal fine è irrilevante la mancata prospettazione da parte di questo delle ragioni per le quali l'erronea applicazione della regola processuale abbia comportato un pregiudizio per la ragione di merito.

Infine, deve essere evidenziata **Sez.1, n. 5973/2019, Falabella, Rv. 652815-01** che, oltre a riaffermare la necessità della fissazione dell'udienza, a pena di nullità del provvedimento della C.T., aggiunge, in ordine ai casi in cui deve essere disposta l'audizione del ricorrente, che *«il tribunale investito del ricorso avverso il rigetto della domanda di protezione internazionale può esimersi dall'audizione del richiedente solo se a questi sia stata data la facoltà di renderla avanti alla commissione territoriale e il tribunale stesso, cui siano stati resi disponibili il verbale dell'audizione ovvero la videoregistrazione e la trascrizione del colloquio..... debba respingere la domanda, per essere la stessa manifestamente infondata sulla base delle circostanze risultanti dagli atti del procedimento amministrativo svoltosi avanti alla commissione, oltre che dagli atti del giudizio trattato avanti al tribunale medesimo»* (In senso conforme, da ultimo **Sez. 1, n. 33858/2019, Sambito, Rv. 656566 – 01).**

1.9. L'onere probatorio attenuato ed il dovere di allegazione del richiedente, la valutazione di credibilità delle sue dichiarazioni e il dovere di cooperazione del giudice.

Nel giudizio relativo alla protezione internazionale rivestono particolare importanza il tema dell'onere probatorio del richiedente asilo e del connesso, cogente principio del dovere di cooperazione da parte dell'autorità competente nell'acquisizione e valutazione della prova. Vanno al riguardo rammentati il quadro normativo e giurisprudenziale europeo e, in particolare, l'art. 46 della direttiva 2013/32/UE, che prevede che gli Stati membri sono tenuti ad assicurare al richiedente un rimedio effettivo dinanzi ad un giudice, nei casi di esame della domanda di protezione internazionale o sussidiaria, specificando che un ricorso effettivo prevede l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione del giudice di primo grado.

Ciò significa, come chiarito dalla Corte di giustizia (Corte di giustizia UE, 22 novembre 2012, causa, C-277/11), che, «benchè il richiedente sia tenuto a produrre tutti gli elementi necessari a motivare la domanda, spetta tuttavia allo Stato membro interessato cooperare con tale richiedente nel momento della determinazione degli elementi significativi della stessa. Tale obbligo di cooperazione in capo allo Stato membro implica, pertanto, concretamente che, se, per una qualsivoglia ragione, gli elementi forniti dal richiedente protezione internazionale non sono esaustivi, attuali o pertinenti, è necessario che lo Stato membro interessato cooperi attivamente alla procedura per consentire di riunire tutti gli elementi atti a sostenere la domanda. Peraltro, uno Stato membro riveste una posizione più adeguata del richiedente per l'accesso a determinati documenti».

In ossequio a tali principi ed in continuità con la giurisprudenza degli anni passati (Sez. 6-1, n. 14998/2015, Acierno, Rv. 636559-01 e Sez. 6-1, n. 07333/2015, Acierno, Rv. 644949-01 avevano affermato che il richiedente la protezione internazionale non deve fornire alcuna precisa qualificazione giuridica del tipo di misura di protezione invocata e che è compito del giudice colmare le lacune informative, quando le indicazioni fornite dal richiedente siano deficitarie o mancanti, avvalendosi dei poteri officiosi di indagine e di informazione di cui all'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008) si era espressa la giurisprudenza del 2018 (Sez. 6-1, n. 02875/2018, Lamorgese, Rv. 647344-01) che, tuttavia, aveva precisato come l'obbligo di cooperazione istruttoria da parte del giudice conseguisse soltanto all'adempimento da parte del richiedente del proprio onere di individuazione ed allegazione dei fatti costitutivi della sua pretesa (in tal senso già Sez. 1, n.

19197/2015, De Chiara, Rv. 637125,-01 e n. 07333/2015, Acierno, Rv. 634949-01 e nel 2018 Sez. 6-1, n.16925/18, Acierno, Rv. 649607-01, Sez. 6-1, n. 17069/2018, De Chiara, Rv. 649647-01) sino ad affermare, con Sez. 6-1 n. 27336/2018, Terrusi, Rv. 651146-01, che la domanda diretta ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale non si sottrae all'applicazione del principio dispositivo, sicché il ricorrente ha l'onere di indicare i fatti costitutivi del diritto azionato, pena l'impossibilità per il giudice di introdurli d'ufficio nel giudizio.

La giurisprudenza del 2018 aveva inoltre chiarito che l'onere di allegazione del richiedente deve essere particolarmente qualificato, ritenendosi necessario che i fatti dedotti non siano meramente dichiarati, ma collegati con la domanda proposta (Sez. 6-1 n. 02861/2018, Genovese, Rv. 648276-01, Sez. 6-1, n. 29875/2018, Genovese, Rv. 651868-01, Sez. 1, n. 31676/2018, Lamorgese, Rv. 651895-01).

Da ultimo **Sez. 1, n. 30969/2019, Terrusi, Rv. 656199-01**, in tema di presupposti per il riconoscimento del rifugio politico, ha affermato, tuttavia, che l'onere probatorio della parte richiedente trova qui un'attenuazione, giacché l'onere probatorio relativo alla prova del "fondato timore di persecuzione personale e diretta" nel paese di origine del richiedente a causa della razza, della religione, della nazionalità, dell'appartenenza a un gruppo sociale ovvero per le opinioni politiche professate, riceve un'attenuazione in funzione dell'intensità della persecuzione e incombe sull'istante, per il quale è tuttavia sufficiente dimostrare, "*anche in via indiziaria*", la "credibilità" dei fatti allegati, i quali, peraltro, devono avere carattere di precisione, gravità e concordanza (in senso conforme in precedenza già Sez. 6-1, n. 14157/2016, Ragonesi, Rv. 640261-01).

Quanto all'onere di allegazione da parte del richiedente, ma con riguardo al riconoscimento della protezione umanitaria, deve essere segnalata **Sez. 1, n. 21123/2019, Rossetti, Rv. 655294-01**, che, in tema di riconoscimento della protezione umanitaria, ha affermato che la natura residuale ed atipica della protezione umanitaria, se da un lato implica che il suo riconoscimento debba essere frutto di valutazione autonoma, caso per caso, e che il suo rigetto non possa conseguire automaticamente al rigetto delle altre forme tipiche di protezione, dall'altro comporta che chi invochi tale forma di tutela debba allegare in giudizio fatti ulteriori e diversi da quelli posti a fondamento delle altre due domande di protezione c.d. "maggiore".

Sez. 1, n. 3016/2019, Di Marzio M., Rv. 652422-01, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 14, lett. c), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ha poi ribadito in tema di rapporti tra gli oneri di allegazione del richiedente e l'obbligo di cooperazione da parte del giudice, che l'attenuazione del principio dispositivo derivante dalla "cooperazione istruttoria", cui il giudice del merito è tenuto, non riguarda il versante dell'allegazione, che anzi deve essere adeguatamente

circostanziata, ma la prova, con la conseguenza che l'osservanza degli oneri di allegazione si ripercuote sulla verifica della fondatezza della domanda. Ne consegue che in relazione alla fattispecie di cui all'art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007 deve essere allegata quantomeno l'esistenza di un conflitto armato o di violenza indiscriminata, così come descritti dalla norma.

Quanto al giudizio di credibilità del richiedente asilo, va ricordato come la Corte di legittimità in plurimi interventi abbia affermato che la valutazione delle dichiarazioni del richiedente non è affidata alla mera opinione del giudice, ma è il risultato di una procedimentalizzazione legale della decisione, da compiersi non sulla base della mera mancanza di riscontri oggettivi di quanto narrato, ma secondo la griglia predeterminata di criteri offerta dall'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007 (v. tra le più recenti Sez. 6-1, n. 26921/2017, Lamorgese, Rv. 647023-01).

In tale ambito, era stata specificata la necessità di tener conto nella decisione della situazione individuale e della circostanze personali del richiedente (di cui all'art. 5, comma 3, lett. c), del d.lgs. cit.), con riguardo alla sua condizione sociale e all'età, senza che possa darsi rilievo a mere discordanze o contraddizioni su aspetti secondari o isolati, quando si ritiene sussistente l'accadimento. La Corte di legittimità aveva anche precisato che un giudizio positivo sulla credibilità del ricorrente, può essere espresso solo al compimento da parte di questo di ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda ai sensi dell'art. 3, comma 5, lettera a), del d.lgs. n. 251 del 2007. In mancanza del quale i fatti da lui narrati non possono essere considerati veritieri (Sez. 6-1, n. 27503/2018, Lamorgese, Rv. 651361-01)

Nel 2019 in tema di valutazione della credibilità del richiedente asilo, **Sez. 6-1 n. 20580/2019, Nazzicone, Rv. 654946-01**, ha puntualizzato che l'art. 3 del d.lgs. n. 251 del 2007 enuncia alcuni parametri, meramente indicativi e non tassativi, che possono costituire una guida per la valutazione nel merito della veridicità delle dichiarazioni del richiedente, i quali, tuttavia, fondandosi sull' "*id quod plerumque accidit*", non sono esaustivi, non precludendo la norma la possibilità di fare riferimento ad altri criteri generali di ordine presuntivo, idonei ad illuminare il giudice circa la veridicità delle dichiarazioni rese, non essendo, in particolare, il racconto del richiedente credibile per il solo fatto che sia circostanziato, ai sensi del comma 5, lett. a), della medesima norma, ove i fatti narrati siano di per sé inverosimili secondo comuni canoni di ragionevolezza.

Sempre in relazione alla credibilità soggettiva, **Sez. 1, n. 15794/2019, Di Marzio M., Rv. 654624-02**, ha precisato che il vaglio ad essa relativo va condotto alla stregua dei criteri indicati nell'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007, e trova applicazione tanto con riguardo alla domanda volta al riconoscimento dello "*status*" di rifugiato, che con riguardo alla domanda di riconoscimento della protezione sussidiaria, in ciascuna delle ipotesi contemplate dall'art. 14 dello stesso decreto

legislativo, con la conseguenza che, ove detto vaglio abbia esito negativo, l'autorità incaricata di esaminare la domanda non deve procedere ad alcun ulteriore approfondimento istruttorio officioso, neppure concernente la situazione del Paese di origine. La medesima pronuncia (**Rv. 654624-01**), inoltre, quanto al dovere di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto da parte del richiedente, ha chiarito che egli «è tenuto ad allegare in modo preciso, completo e circostanziato i fatti costitutivi del diritto alla protezione richiesta e, quindi, a pervenire alla dimostrazione dei fatti medesimi, salvo che sia impossibilitato a farlo, trovando deroga il principio dell'onere della prova, a fronte di una esaustiva allegazione.... soltanto qualora egli, oltre ad essersi attivato tempestivamente alla proposizione della domanda e ad aver compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziarla, superi positivamente il vaglio di credibilità soggettiva condotto alla stregua dei criteri indicati nell'articolo 3, comma 5, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 25». Solo superato il vaglio di credibilità soggettiva il giudice di merito deve, «in via preferenziale ma non esclusiva, attraverso lo scrutinio delle COI, “country of origin informations”, verificare, con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007 se nel paese di provenienza sia oggettivamente sussistente una situazione di violenza indiscriminata talmente grave da costituire ostacolo al rientro del richiedente, ma non di supplire a deficienze probatorie concernenti la situazione personale del richiedente, essendo necessaria al riguardo soltanto la verifica di credibilità prevista nel suo complesso dal comma 5 dell'art. 3 citato» (**Rv. 654624-03**).

Quanto al contenuto del dovere di cooperazione istruttorio del giudice, attivabile una volta superato il vaglio di credibilità, in relazione all'ipotesi di protezione sussidiaria di cui all'art. 14, lett. c), del d. lgs. n. 251 del 2007, **Sez. 1. n. 15794/19, Di Marzio M., Rv. 654624-03** ha affermato che l'accertamento della situazione di violenza indiscriminata talmente grave da costituire ostacolo al rientro del richiedente, deve essere attivato, “in via preferenziale, ma non esclusiva, attraverso lo scrutinio delle COI”. In coerenza con tale affermazione, in relazione sempre alla protezione sussidiaria, **Sez. 1, n. 11103/2019, Scordamaglia, Rv. 653465-01**, ha affermato che il dovere di cooperazione istruttorio del giudice sulla situazione del paese di origine è correttamente adempiuto acquisendo le necessarie informazioni anche dai rapporti conoscitivi del Ministero degli Affari Esteri e della cooperazione internazionale, trattandosi di fonti qualificate equiparate a quelle di altri organismi riconosciuti di comprovata affidabilità e perché provenienti da un dicastero istituzionalmente dotato di competenze informative e collaborative nella materia della protezione internazionale.

Quanto, poi, ai documenti prodotti dal ricorrente, secondo **Sez. 1, n. 11097/2019, Dolmetta, Rv. 653475-01**, in presenza di dubbi o contestazioni sugli stessi, l'attività istruttorio officiosa deve essere compiuta utilizzando anche canali diplomatici, rogatoriali ed amministrativi, prima di poterne affermare l'insufficienza (fattispecie in cui la S.C. ha cassato con rinvio il decreto del Tribunale che,

omettendo una qualunque attività istruttoria, aveva ritenuto non genuino il certificato di domicilio prodotto dal ricorrente in ragione della diversità delle lingue – inglese e pasthun – nelle quali era stato redatto, nonché delle modalità di apposizione della fotografia del ricorrente e delle differenti diciture relative alla provenienza dello stesso).

Sempre in relazione al contenuto del dovere di cooperazione istruttoria del giudice in un caso in cui, a sostegno della domanda per il riconoscimento della protezione internazionale, lo straniero aveva allegato il timore di essere soggetto nel suo paese di origine ad una persecuzione a sfondo religioso o comunque ad un trattamento inumano o degradante fondato su motivazioni a sfondo religioso, **Sez. 1, n. 28974/2019, Oliva, Rv. 655565-01** ha affermato che il giudice deve effettuare una valutazione sulla situazione interna del Paese di origine del richiedente, indagando espressamente l'esistenza di fenomeni di tensione a contenuto religioso, senza che, in direzione contraria, assuma decisiva rilevanza il fatto che il richiedente non si sia rivolto alle autorità locali o statuali per invocare tutela, potendo tale scelta derivare, in concreto, proprio dal timore di essere assoggettato ad ulteriori trattamenti persecutori o umanamente degradanti. (Nella fattispecie il ricorrente aveva dichiarato di essere fuggito dal Bangladesh, paese di religione mussulmana, sua patria di origine perché perseguitato, in quanto di religione *hindu*).

Sempre in tema di protezione internazionale, in un caso in cui il ricorrente aveva allegato un fatto correlato alla pratica dell'infibulazione in uso nel suo paese di origine, **Sez. 1 n. 29836/2019, Parise, Rv. 656267-01** ha affermato che l'esercizio del potere-dovere di cooperazione istruttoria da parte del giudice non può limitarsi alla verifica dell'obbligatorietà del ricorso a tale pratica a livello legale o religioso, ma deve estendersi fino all'acquisizione di informazioni accurate e aggiornate sul costume sociale cogente nel Paese, richiedendole agli organismi internazionali che si occupano del monitoraggio della pratica dell'infibulazione, in modo da accertare se sussista un condizionamento collettivo in base al quale essa sia comunque percepita come doverosa. (In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza del Tribunale che aveva ritenuto non credibile il racconto del richiedente esclusivamente sulla base delle informazioni attinte dal sito "*ecoi.net*", senza altro precisare quanto alla data e al paese di riferimento, sì da non consentire l'esatta individuazione della fonte di conoscenza e il controllo sul contenuto delle informazioni).

Altro tema centrale sul quale la giurisprudenza della Corte di legittimità si è confrontata, non senza differenze di valutazione, è quello relativo alle ricadute del giudizio di inattendibilità delle dichiarazioni del richiedente sulle diverse tipologie di protezione.

In particolare, sui rapporti tra il giudizio di scarsa credibilità della situazione dedotta dal richiedente in ordine alla protezione sussidiaria e la valutazione dei presupposti della protezione umanitaria, **Sez. 1, n. 10922/2019, Federico, Rv. 653474-01**, ha affermato che il giudizio di scarsa credibilità sui fatti dedotti a sostegno della domanda di rifugio politico, non può precludere la valutazione, da parte del giudice, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, delle diverse circostanze che concretizzino una situazione di “vulnerabilità”, da effettuarsi su base oggettiva e, se necessario, previa integrazione anche officiosa delle allegazioni del ricorrente, in applicazione del principio di cooperazione istruttoria, in quanto il riconoscimento del diritto al rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie deve essere frutto di valutazione autonoma, non potendo conseguire automaticamente al rigetto delle altre domande di protezione internazionale, attesa la strutturale diversità dei relativi presupposti. A questa pronuncia sembra tuttavia contrapporsi **Sez. 1, n. 21123/19, Rossetti, Rv. 655294-01 cit.**, per le conseguenze derivanti dall’affermazione del principio della necessità per il richiedente di allegare, in tema di protezione umanitaria, fatti ulteriori rispetto a quelli allegati per le forme di protezione c.d. “maggiore”, principio che sembra escludere la possibilità di integrazione istruttoria delle allegazioni del ricorrente.

In tema di protezione umanitaria, **Sez. 1 n. 11267/19, Scalia, Rv. 653478-01** ha pure affermato che il riconoscimento del diritto al permesso di soggiorno per ragioni umanitarie deve essere frutto di valutazione autonoma in relazione ad una condizione di vulnerabilità in capo al richiedente, assumendo al riguardo rilievo, in assenza di prove del racconto dell'interessato ed in difetto di sollecitazioni ad acquisizioni documentali, quantomeno la credibilità soggettiva del medesimo. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva negato la protezione umanitaria in capo al ricorrente che, oltre a non fornire la prova circa la sussistenza di una condizione di vulnerabilità, aveva reso un racconto non credibile circa la propria vicenda personale).

Deve qui essere segnalato che, in tema di correlazione tra il giudizio di credibilità della narrazione del richiedente e i doveri istruttori officiosi del giudice, da ultimo, la giurisprudenza della S.C. si è mostrata divisa, in particolare, con riguardo all’ipotesi di protezione sussidiaria di cui all’art. 14, lett. c), d.lgs. n. 251 del 2007 («minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale»).

Sino a tutto il 2018 la prevalente interpretazione giurisprudenziale di legittimità ha ritenuto che, mentre i presupposti per il rifugio politico e per le ipotesi di protezione sussidiaria di cui alle lett. a) e b) sono connotate dalla necessità che si fornisca una prova legata indispensabilmente alle ricadute soggettive delle condizioni del Paese di provenienza, tale stretta correlazione, nell’ipotesi di cui

all'art. 14, lett. c), può non sussistere nel caso in cui *«il grado di violenza indiscriminata, che caratterizza il conflitto armato in corso, valutato dalle autorità nazionali competenti, raggiunga un livello così elevato da far ritenere presumibile che il rientro dello straniero nel proprio Paese lo possa sottoporre, per la sua sola presenza sul territorio, al rischio di subire concretamente tale minaccia»* (così Sez. 6 - 1, n. 25083/2017, De Chiara, Rv. 647042 - 01).

Proprio partendo da tali considerazioni **Sez. 1, n. 14283/2019, Falabella, Rv. 654168-01** ha affermato in motivazione che, mentre *«la riferibilità soggettiva ed individuale del rischio di subire persecuzioni o danni gravi rappresenta un elemento costitutivo del rifugio politico e della protezione sussidiaria ex lett. a) e b) dell'art. 14, escluso il quale dal punto di vista dell'attendibilità soggettiva, non può riconoscersi il relativo status, la proposizione inversa vale, invece, nella fattispecie di cui alla lett. c) dell'art. 14»*. Con la conseguenza che *«chi invochi la protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), non si trova nella necessità di fornire ragguagli circa la propria storia personale: correlativamente, non ha l'esigenza di avvalersi dei criteri posti dall'art. 3, comma 5 per colmare le lacune probatorie che quella storia evidenzi. Il fatto costitutivo della forma di protezione in esame è infatti la situazione di pericolo generalizzato dato dalla violenza indiscriminata in presenza di conflitto armato nel Paese o nella regione in cui l'istante deve essere rimpatriato. La prova di tale situazione, in difetto di attivazione della parte, va acquisita d'ufficio dal giudice»*.

Pertanto, il potere-dovere di indagine di ufficio del giudice circa la situazione generale esistente nel paese di origine del richiedente (che va esercitato dando conto, nel provvedimento emesso, delle fonti informative attinte in modo da verificarne l'aggiornamento) non trova ostacolo nella non credibilità delle dichiarazioni rese dal richiedente stesso riguardo alla propria vicenda personale, sempre che il giudizio di non credibilità non investa il fatto stesso della provenienza dell'istante dall'area geografica interessata alla violenza indiscriminata che fonda forme di protezione. In senso difforme, tuttavia, **Sez. 6-1 n. 04892/2019, Lamorgese, Rv. 652755-01** (alla quale ha fatto seguito in termini **Sez. 1, n. 17174/2019, Tria, Rv. 654654-01**) ha ritenuto, invece, che la valutazione di inattendibilità delle dichiarazioni del richiedente alla stregua degli indicatori di cui all'art. 3 d.lgs. n. 251 del 2007, impedisca di procedere ad un approfondimento istruttorio officioso circa la prospettata situazione persecutoria nel Paese di origine, anche nel caso di cui all'art. 14, lett. c).

Secondo questa diversa esegesi, il disposto dell'art. 3 del d.lgs. n. 251/2007 *«finirebbe per essere irrilevante mentre la valutazione della generale attendibilità del richiedente è prevista dalla legge come centrale per l'assolvimento dell'onere di "cooperazione" previsto a suo carico, sul quale solo è possibile innestare il dovere di cooperazione, non di sostituzione istruttoria del giudice nell'accertamento dei fatti rilevanti ai fini del riconoscimento della protezione internazionale»*. Infatti, *«la valutazione di coerenza, plausibilità e generale attendibilità della narrazione riguarda*

tutti gli aspetti significativi della domanda (art. 3, comma 1) e si riferisce, come risulta dagli artt. 3, commi 3, lett. b), c), d), e 4 del d.lgs. cit., a tutti i profili di danno grave considerati dalla legge come condizionanti il riconoscimento della protezione sussidiaria».

1.10. I vizi del procedimento amministrativo davanti alla C.T. ed alla Commissione nazionale per il diritto di asilo e la valutazione del giudice dell'impugnazione.

Nel corso del 2018 la Corte di legittimità aveva affermato con Sez. 6-1, n. 19040/2018, Genovese, Rv. 650190 – 01 che l'omissione, nel corso del procedimento avanti alla C.T., dell'avvertimento al richiedente della possibilità di essere sentito in forma collegiale anziché monocratica, dà luogo alla nullità dell'audizione solo nel caso in cui il difetto di tale avviso cagioni al richiedente, che deve allegarla puntualmente e farne oggetto di denuncia nella prima fase di impugnazione, una specifica e sicura lesione dei suoi diritti fondamentali. Sulla stessa linea si muove **Sez. 1, n. 17318/2019, Vella, Rv. 654643-01**, in un caso in cui era stata dedotta la nullità del provvedimento della C.T. per l'omessa traduzione dello stesso. La Corte di legittimità ha, infatti, affermato che, pur in presenza di tale vizio, *“il giudice dell'impugnazione ha l'obbligo di esaminare il merito della domanda, poiché oggetto della controversia non è il provvedimento negativo ma il diritto soggettivo alla protezione internazionale invocata sulla quale, comunque, il giudice deve statuire non rilevando in sé la nullità del provvedimento, ma solo le eventuali conseguenze di esso sul pieno dispiegarsi del diritto di difesa”*. Espressione dello stesso principio è la pronuncia di **Sez. 1, n. 18860/2019, Sambito, Rv. 654664-01** che ha censurato la pronuncia del giudice di merito, che aveva dichiarato inammissibile, perché tardivo, il ricorso avverso il provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale, per manifesta infondatezza, in un caso in cui la C.T. aveva omissso di indicare, tra i casi nei quali il termine di impugnazione ordinario di trenta giorni è dimidiato, anche quello dell'impugnazione di detto rigetto, dovendosi riconoscere la scusabilità dell'errore in cui era incorso il destinatario del provvedimento.

Si è occupata dei vizi del provvedimento amministrativo di revoca della protezione sussidiaria da parte della Commissione nazionale per il diritto di asilo **Sez. 1, n. 21143/2019, Di Marzio M., Rv. 654952-01**, che ha affermato che l'omissione dell'avviso di avvio del procedimento di cui all'art. 33, comma 1 del d.lgs. n.25 del 2008, non determina alcuna nullità della decisione di revoca per carenza di un requisito formale, ma impone al giudice, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione avverso il provvedimento della Commissione nazionale per il diritto di asilo, di consentire all'impugnante di spiegare in sede giurisdizionale tutte

le difese che egli, a causa del mancato avviso, non abbia potuto spiegare in fase amministrativa.

Sez. 1, n. 07841/2019, Amatore, Rv. 653116-01, e Sez. 1, 07842/2019, Amatore, Rv. 653232-01 hanno anch'esse ribadito la necessità dell'avviso di avvio del procedimento nel caso di revoca della protezione sussidiaria, con la conseguenza che l'invalidità della decisione di revoca può essere valutata *incidenter tantum* dal giudice della convalida del trattenimento, quale ipotesi di manifesta illegittimità del decreto di espulsione che abbia quale suo presupposto proprio il provvedimento illegittimamente revocato.

1.11. I vizi della motivazione del provvedimento giurisdizionale e le garanzie di difesa del richiedente nel procedimento di impugnazione.

In tema di onere motivazionale da parte del giudice dell'impugnazione del provvedimento della C.T., si registrano diverse pronunce in relazione alla valutazione della situazione del Paese di origine ed alle fonti informative dalla quali tale situazione sia desunta.

Sez. 1, n. 13449/2019, Oliva, Rv. 653887-01, ha affermato che il riferimento operato dall'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008 alle "fonti informative privilegiate" deve essere interpretato nel senso che è onere del giudice specificare la fonte in concreto utilizzata e il contenuto dell'informazione da essa tratta e ritenuta rilevante ai fini della decisione, così da consentire alle parti la verifica della pertinenza e della specificità di tale informazione rispetto alla situazione concreta del Paese di provenienza del richiedente la protezione. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto insufficiente il semplice richiamo, contenuto nel provvedimento impugnato, ai "più recenti report del Ministero degli Esteri").

Sez. 1 n. 13897/2019, Pazzi, Rv. 654174-01 sulla stessa linea, ha inoltre precisato, quanto alla valutazione della situazione del Paese di origine del richiedente, che il giudice di merito non può limitarsi a valutazioni solo generiche ovvero omettere di individuare le specifiche fonti informative da cui vengono tratte le conclusioni assunte, potendo incorrere, in tale ipotesi, la pronuncia nel vizio di motivazione apparente.

In linea con tali ordinanze anche **Sez. 1, n. 11096/2019, Dolmetta, non massimata**, che ha affermato l'obbligo del giudice di rendere conto puntualmente delle fonti informative, giacché le situazioni dei paesi di origine estranei alla Comunità europea non possono considerarsi fatti di comune e corrente conoscenza.

Sull'obbligo del giudice di specificare nella motivazione del provvedimento le fonti informative utilizzate per la sua decisione va menzionata anche **Sez. 6-1, n. 11312/2019, Terrusi, Rv. 653608-01**, che ha cassato la decisione di merito

ritenendo insufficiente ad assolvere l'obbligo motivazionale il mero riferimento a "fonti internazionali".

Più specificamente in relazione alle COI (*country of origin information*), sia in relazione all'onere motivazionale del giudice, che al diritto di difesa del richiedente, **Sez. 1, n. 29056/2019, Russo, Rv. 655634-01**, ha affermato che *“l'omessa sottoposizione al contraddittorio delle COI ("country of origin information") assunte d'ufficio dal giudice ad integrazione del racconto del richiedente, non lede il diritto di difesa di quest'ultimo, poiché in tal caso l'attività di cooperazione istruttoria è integrativa dell'inerzia della parte e non ne diminuisce le garanzie processuali, a condizione che il tribunale renda palese nella motivazione a quali informazioni abbia fatto riferimento, al fine di consentirne l'eventuale critica in sede di impugnazione; sussiste, invece, una violazione del diritto di difesa del richiedente quando costui abbia esplicitamente indicato le COI, ma il giudice ne utilizzi altre, di fonte diversa o più aggiornate, che depongano in senso opposto a quelle offerte dal ricorrente, senza prima sottoporle al contraddittorio”*.

Riguarda l'onere motivazionale del giudice, riferito in generale a tutti gli elementi probatori acquisiti nel corso del giudizio **Sez. 1, n. 21881/19, Pazzi, Rv. 655165-01**, che ha affermato che il giudice di merito in motivazione non è obbligato a confutare dettagliatamente le singole argomentazioni svolte dalle parti su ciascuna delle risultanze probatorie, né a compiere l'analitica valutazione di ciascun documento prodotto, ma deve soltanto fornire, mediante un apprezzamento globale della congerie istruttoria raccolta, un'esauriente e convincente motivazione sulla base degli elementi ritenuti più attendibili e pertinenti. E ciò in forza del disposto dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 251 del 2007, che nell'imporre al richiedente di presentare tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la domanda, costituisce un aspetto del più generale dovere di collaborazione istruttoria cui lo stesso è tenuto, ma non fissa una regola di giudizio, sicché la scelta degli elementi probatori e la valutazione di essi, ai sensi del successivo comma 3, lett. b), rientrano nella sfera di discrezionalità del giudice.

Delimita, invece, l'ambito di interpretazione dell'art. 116, comma 2, c.p.c. in ordine alla possibilità per il giudice della protezione internazionale di trarre argomenti di prova dal “contegno delle parti del processo” **Sez. 6-1, n. 32249/2019, Pazzi, Rv. 656095-01**, che ha escluso che in tali controversie il giudice possa trarre argomenti di prova dal contegno serbato dalle parti pubbliche (nella specie il mancato deposito della documentazione relativa alla fase amministrativa insieme alla traduzione dei documenti prodotti dal ricorrente, la mancata costituzione nel giudizio dell'Amministrazione ed il mancato intervento del Pubblico Ministero), assumendo rilevanza soltanto una condotta processuale qualificata, che sia di per sé idonea a rafforzare il convincimento del giudice già raggiunto.

1.12. La reiterazione della domanda per il riconoscimento della protezione internazionale.

Definisce i presupposti per la reiterazione della domanda di protezione internazionale, ai sensi dell'art. 29, lett. b), del d.lgs. n. 25 del 2008, in linea con Sez. 6-1, n. 5089/2013, De Chiara, Rv. 625232-01, **Sez. 1, n. 18440/2019, Scotti (Rv. 654657-01 e 02)** che ha precisato che, in caso di reiterazione della domanda, dopo che si sia già svolto un precedente giudizio diretto al riconoscimento della protezione internazionale, il richiedente asilo, a pena di inammissibilità della nuova istanza, è tenuto ad indicare le ragioni per cui, senza colpa, non ha potuto addurre i "nuovi elementi" indicati dall'art. 29, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 25 del 2008 nel giudizio inizialmente proposto, atteso che quest'ultimo ha ad oggetto non già il provvedimento di diniego della commissione, ma il riconoscimento del diritto alla protezione invocata, sicché, in esso, è possibile integrare le originarie deduzioni svolte in sede amministrativa (**Rv. 654657-02**).

La medesima pronuncia ha inoltre precisato che i nuovi elementi che consentono la reiterazione della domanda possono consistere, oltre che in nuovi fatti di persecuzione (o comunque in nuovi fatti costitutivi del diritto) successivi al rigetto della domanda da parte della competente commissione, anche in nuove prove dei medesimi fatti costitutivi, ferma la prova da parte del richiedente di non averle potute produrre senza sua colpa nella precedente fase amministrativa o in quella giurisdizionale. (**Rv. 654657-01**).

Un caso particolare è quello affrontato da **Sez. 6-1, n. 11309/2019, Terrusi, Rv. 654197-01**, che, in un caso in cui l'autorità di pubblica sicurezza, avanti alla quale lo straniero si era presentato per depositare la domanda per il riconoscimento della protezione internazionale, valutandola infondata nel merito, aveva trasmesso gli atti al prefetto per l'emissione del provvedimento espulsivo, ha riaffermato che unico soggetto deputato a verificare le condizioni di ammissibilità e fondatezza della domanda di protezione internazionale, con la sola salvezza delle ipotesi di cui all'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 25 del 2008, è la Commissione territoriale.

1.13. Ricorso per cassazione: ragioni di inammissibilità.

La giurisprudenza della S.C. che si è andata formando in ordine al ricorso per cassazione avverso i provvedimenti delle sezioni specializzate in materia di immigrazione è relativa soprattutto ai provvedimenti in tema di protezione internazionale e tende a definire l'area di inammissibilità di alcuni motivi di ricorso.

Così Sez. 1 n. 6061/2019, Acierio, Rv. 653100-01, ha dichiarato inammissibile il ricorso con il quale era stata dedotta l'omessa trasmissione degli atti da parte della C.T. e la conseguente assunzione della decisione da parte del tribunale senza l'esame

di tali atti, poiché non erano state specificamente dedotte le conseguenze in termini di *deficit* probatorio derivate da tali omissioni.

Conforme a tale pronuncia anche **Sez. 6-1, n. 32250/2019, Pazzi, Rv. 656096-01**, che, in un caso in cui nel ricorso per cassazione era stata dedotta la mancata acquisizione da parte del giudice del merito del fascicolo amministrativo *ex art. 35 bis* comma 8, d. lgs. n. 25 del 2008, ha dichiarato inammissibile, per difetto di autosufficienza, il relativo motivo di ricorso poiché sarebbe stato onere della parte, che nella specie non l'aveva fatto, indicare il contenuto dei documenti asseritamente non consultati, specificando la loro decisività ai fini della valutazione della domanda di protezione.

Delimita l'ambito di competenza del giudice di legittimità, in tema di valutazione di credibilità del racconto del richiedente **Sez. 1, n. 21142/2019, Di Marzio M., Rv. 654674-01**, che ha affermato che *“l'articolo 3, comma 5, del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, obbliga il giudice a sottoporre le dichiarazioni del richiedente, ove non suffragate da prove, non soltanto ad un controllo di coerenza interna ed esterna, ma anche ad una verifica di credibilità razionale della concreta vicenda narrata a fondamento della domanda, verifica sottratta al controllo di legittimità al di fuori dei limiti di cui all'articolo 360, numero 5, c.p.c.”*.

Sez. 1, n. 3340/2019, Schirò, Rv. 652549-01, ha precisato che la valutazione in ordine alla credibilità del racconto del cittadino straniero costituisce un apprezzamento di fatto rimesso al giudice del merito, il quale deve valutare se le dichiarazioni del ricorrente siano coerenti e plausibili, *ex art. 3, comma 5, lettera c)*, d.lgs. n. 251 del 2007. Tale apprezzamento di fatto è censurabile in cassazione solo ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. come omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, come mancanza assoluta della motivazione, come motivazione apparente, come motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile, dovendosi escludere la rilevanza della mera insufficienza di motivazione e l'ammissibilità della prospettazione di una diversa lettura ed interpretazione delle dichiarazioni rilasciate dal richiedente, trattandosi di censura attinente al merito.

La medesima **Sez. 1 n. 3340/2019 cit.** in tema di violazione di legge, ha affermato che tale vizio «consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie astratta recata da una norma di legge e implica necessariamente un problema interpretativo della stessa» e che «l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è, invece, esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, sottratta al sindacato di legittimità. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha dichiarato inammissibile il motivo di ricorso, formulato ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., con il quale era stata dedotta in modo del tutto generico la violazione di norme di legge, avuto riguardo alla

valutazione sulla credibilità del richiedente protezione internazionale, attraverso il richiamo alle disposizioni disattese e tramite una ricostruzione della fattispecie concreta difforme da quella accertata dal tribunale)». Sempre in tema di ricorso avverso il provvedimento giurisdizionale per la concessione dello *status* di rifugiato politico, in un caso in cui era stata richiesta e rigettata dalla corte d'appello la domanda per la protezione internazionale anche in virtù della Convenzione di Ginevra del 1951, alla luce dell'art. 136 del "Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo status di rifugiato" (secondo cui una persona che abbia sofferto gravi forme di persecuzione non dovrebbe essere rimpatriata anche qualora si fossero verificate modifiche istituzionali nel paese di origine), la S.C. ha dichiarato inammissibile ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la censura fondata sulla violazione di tale disposizione, «atteso che tale testo, integrando una mera raccolta di indicazioni sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello "status" di rifugiato fondate sull'esperienza dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati dall'entrata in vigore della detta Convenzione, non ha natura di norma imperativa».

Sempre in tema di protezione internazionale, riguarda invece il motivo di ricorso che deduca la violazione del dovere di collaborazione istruttoria del giudice di merito, **Sez. 1, n. 26728/2019, Oliva, Rv. 65559-01**, che ha affermato che tale motivo deve considerarsi inammissibile ove si limiti alla mera prospettazione, in termini generici, di una situazione complessiva del Paese di origine del richiedente diversa da quella ricostruita dal giudice, sia pure sulla base del riferimento a fonti internazionali alternative o successive a quelle utilizzate dal giudice e risultanti dal provvedimento decisorio, poiché occorre che la censura dia atto in modo specifico degli elementi di fatto idonei a dimostrare che il giudice di merito abbia deciso sulla base di informazioni non più attuali, dovendo contenere precisi richiami, anche testuali, alle fonti alternative o successive proposte, in modo da consentire alla S.C. l'effettiva verifica circa la violazione del dovere di collaborazione istruttoria.

Infine, **Sez. 1, n. 13403/2019, Scalia, Rv. 654166-01**, in tema di protezione sussidiaria ex art. 14, lett. c), d.lgs. n. 251 del 2007, ha affermato che, ove il richiedente invochi l'esistenza di uno stato di diffusa e indiscriminata violenza nel Paese d'origine, tale da attingerlo qualora debba farvi rientro, e quindi senza necessità di deduzione di un rischio individualizzato, l'attenuazione del principio dispositivo, cui si correla l'attivazione dei poteri officiosi integrativi del giudice del merito, opera esclusivamente sul versante della prova, non su quello dell'allegazione; ne consegue che il ricorso per cassazione deve allegare il motivo che, coltivato in appello secondo il canone della specificità della critica difensiva ex art. 342 c.p.c., sia stato in tesi erroneamente disatteso, restando altrimenti precluso l'esercizio del

controllo demandato alla S.C. anche in ordine alla mancata attivazione dei detti poteri istruttori officiosi. (Nella specie, il ricorrente si era limitato, per sostenere l'esistenza nell'intera Nigeria di una situazione di violenza generalizzata, a richiamare le norme nazionali e convenzionali, i principi affermati nella materia dalla S.C. ed una pluralità di fonti informative – sito *Amnesty International*, report *EASO*, note del Ministero degli Affari Esteri – senza specificare la zona di provenienza né segnalare i contenuti delle allegazioni svolte in primo grado).

1.14. Ammissione al patrocinio a spese dello Stato e raddoppio del contributo unificato.

Poiché il ricorrente, nei giudizi di protezione internazionale, è sempre ammesso al patrocinio a spese dello Stato, deve darsi conto del recente *novum* di legittimità espresso – in difformità rispetto a tutti i precedenti – inaugurato da **Sez. 1, n. 9660/2019, Terrusi, Rv. 653689-01** (alla quale in senso conforme ha fatto seguito **Sez. 1 n. 27867/2019, Terrusi, Rv. 655780-01**) secondo cui il versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 (derivante dal rigetto, dalla dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità dell'impugnazione), ha natura di obbligazione tributaria *ex lege*, con la conseguenza che il relativo provvedimento della S.C. ha natura meramente ricognitiva, essendo irrilevante l'eventuale ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato, trattandosi di circostanza che preclude l'esperimento di un'azione di recupero e consistendo l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale nella mera annotazione, a cura della cancelleria, dell'importo nel foglio notizie e nel registro di cui agli artt. 280 e 161 del d.P.R. n. 115 del 2002.

La pronuncia si è posta in consapevole contrasto con l'indirizzo finora consolidato – e con la correlata prassi esistente presso la S.C. – secondo cui nell'ipotesi di ammissione al patrocinio a spese dello Stato il rigetto dell'impugnazione precluderebbe la condanna al versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, previsto dall'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, stante la prenotazione a debito in ragione dell'ammissione al predetto beneficio (Sez. 1, n. 9538/2017, Vincenti, Rv. 643826-01; Sez. 1, n. 7368/2017, Napolitano L. Rv. 643484-01; Sez. 1, n. 13935/2017, Cinque G., Rv. 644533-01; Sez. 1, n. 18523/2014, Ghinoy, Rv. 632638-01).

Da ultimo tuttavia, si è espressa in linea con il consolidato precedente orientamento **Sez. 5, n. 22646/2019, D'Aquino, Rv. 655049-01**.

2. Cenni sulla protezione internazionale in generale.

Come noto, l'art. 10 della Costituzione costituisce il fulcro del diritto di asilo in favore dello straniero al quale sia impedito nel Paese di origine il concreto esercizio dei diritti fondamentali, come riconosciuto nella nostra Costituzione in conformità degli impegni internazionali ed europei che l'Italia ha assunto e che costituiscono l'estroflessione del principio del *non refoulement*, che vieta il respingimento di chi abbia presentato richiesta di asilo, ovvero di respingere o di espellere costui verso il territorio di origine quando si prospetti un rischio di pregiudizio alla vita o alla libertà. Ciò sta a significare che il principio del *non refoulement* non implica, comunque, la necessità di un riconoscimento formale con la conseguenza che gli obblighi di accoglienza, nonché il correlato divieto di respingimento impegnano, comunque, lo Stato italiano.

Alla base del nostro sistema di protezione rinveniamo, in concreto, tre livelli che corrispondono ad altrettante fattispecie di protezione: *status* di rifugiato, protezione sussidiaria e protezione umanitaria ciascuna di esse classificabile attraverso il richiamo a normative nazionali «stratificate», ossia costruite, attraverso le fonti internazionali; prima tra tutte, l'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951, ratificata con l. n. 722 del 1954 e successive modifiche, nonché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che contiene all'art. 3 il divieto di tortura oltreché le pene e i trattamenti inumani o degradanti, mentre l'art. 4 del Protocollo Addizionale n. 4 vieta le espulsioni collettive, come la Carta di Nizza all'art. 19.

In questo ambito è, perciò, possibile il sindacato pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia della UE della normativa domestica in caso di non conformità a quella europea.

In tema di interpretazione della Convenzione di Ginevra la S.C. è intervenuta in punto di riconoscimento della protezione internazionale, con **Sez. 1, n. 24384/2019, Federico G., Rv. 655430 – 01**, affermando la natura non imperativa del «*Manuale sulle procedure e sui criteri di determinazione dello status di rifugiato*» considerato che detto testo ha semplice natura collettanea di una serie d'indicazioni sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello *status* di rifugiato elaborate in base all'esperienza dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati.

La S.C. è, inoltre, intervenuta per disattendere il c.d. criterio di prossimità rispetto alla competenza territoriale a decidere sulle impugnazioni dei provvedimenti adottati dall'Unità Dublino che, come noto, ha mutato la sua natura originaria di Convenzione per la gestione dei richiedenti asilo risalente al 2003 per divenire regolamento dell'Unione europea volto a stabilire i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un

Paese terzo o da un apolide (Regolamento UE del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 603 del 2013, Dublino III) disciplinando, in sostanza, l'individuazione dello Stato membro responsabile per l'istruttoria di una domanda di asilo.

Ciò premesso, va evidenziato come, secondo la giurisprudenza della S.C., non spetta al giudice ordinario, ma all'amministrazione, e, precisamente, all'Unità di Dublino, operante presso il Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, il compito di individuare lo Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale in base all'art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008. Ne discende che va cassato il decreto con il quale il giudice di merito, ritenendosi incompetente, e senza provvedere sulla domanda di protezione, l'abbia dichiarata inammissibile nei confronti dello straniero entrato in territorio europeo avendo costui varcato il confine della Grecia sul presupposto che la domanda avrebbe dovuto essere proposta non in Italia, ma in Grecia, **Sez. 1, n. 31675/2018, Di Marzio M., Rv. 651889 – 01.**

Ciò premesso, una volta determinato quale sia lo Stato competente ad esaminare la richiesta di protezione internazionale, entrata in vigore la novella di cui all'art. 11 del d.l. n. 113 del 2018, conv. con modif. dalla l. n. 132 del 2018, che ha istituito nuove articolazioni territoriali, la competenza territoriale fa capo alla sezione specializzata del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato, in applicazione del criterio generale di cui all'art. 4, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 13 del 2017, conv. con modif. dalla l. n. 46 del 2017, non essendo, invece, applicabile il criterio «correttivo di prossimità» di cui al comma 3 dello stesso art. 4 (in base al quale, quando il ricorrente è ospitato in una struttura o in un centro di accoglienza, la competenza si determina «avendo riguardo al luogo in cui la struttura o il centro ha sede»), atteso che, diversamente che per le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, per l'Unità Dublino, sia prima che dopo l'istituzione di sue articolazioni territoriali, i commi 3 e 3-bis dell'art. 3 del d.lgs. n. 13 del 2017 non prevedono una ripartizione per circoscrizioni che consenta di effettuare un collegamento territoriale effettivo tra la struttura o il centro di accoglienza in cui è ospitato il ricorrente e l'autorità che ha adottato il provvedimento, così da giustificare l'applicazione del sunnominato criterio «correttivo di prossimità» così **Sez. 6 - 1, n. 18757/2019, Acierno, Rv. 654721 – 01** (vedi sul tema anche il par. 1.5).

Il provvedimento interinale emesso *inaudita altera parte* sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento dell'Unità Dublino che è a sua volta, impugnabile innanzi alla sezione specializzata per l'immigrazione *ex art.3, comma 3 quater*, del d.lgs. n. 25 del 2008, non è, tuttavia, ricorribile per cassazione in quanto privo del carattere della definitività, essendo suscettibile di conferma,

modifica o revoca da parte del tribunale con successivo nuovo decreto, (**Sez. 1, n. 02722/2019, Schirò, Rv. 652547 – 02**) e, in ogni caso, nell'ipotesi di pronuncia di rigetto emessa *inaudita altera parte* dell'istanza di sospensiva di rigetto dell'efficacia esecutiva della decisione dell'Unità Dublino, *ex art. 3, comma 3 quater*, del d. lgs. n. 25 del 2008, l'omessa pronuncia, nei cinque giorni successivi alla scadenza del termine per il deposito di note di replica, di un nuovo decreto che confermi, modifichi o revochi la decisione assunta con il decreto emesso in via interinale, non determina la nullità né del procedimento, né del provvedimento finale, non essendo tale nullità prevista dalla relativa norma (**Sez. 1, n. 02722/2019, Schirò, Rv. 652547 – 01**).

Inoltre, nel procedimento avverso le decisioni dell'Unità Dublino, determinative dello Stato competente all'esame delle domande di protezione internazionale, non costituisce causa di nullità l'omesso deposito da parte del Ministero dell'Interno della documentazione relativa alla procedura amministrativa che ha dato luogo alla decisione impugnata, poiché l'art. 3, comma 3 *quinquies*, del d. lgs. n. 25 del 2008, non prescrive che tale deposito debba essere compiuto a pena di nullità (**Sez. 1, n. 02722 /2019, Schirò, Rv. 652547 – 03**).

Si è detto in premessa che il complesso degli istituti di protezione dello straniero appresta una tutela di multilivello sicché, in difetto dei presupposti della protezione di rango primario, ossia corrispondente allo *status* di rifugiato, soccorre la protezione sussidiaria, che può essere riconosciuta allorché nei confronti dello straniero sussistano fondati motivi di ritenere che, se tornasse nel Paese di origine - o, nel caso di un apolide, se tornasse nel Paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale - correrebbe il rischio effettivo di subire un grave danno, normativamente definito, da individuarsi nella condanna a morte o nell'esecuzione della pena di morte, oppure nella tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ovvero, nella minaccia grave e individuale alla vita o alla persona derivante da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale senza che il richiedente possa o voglia avvalersi della protezione di detto Paese.

Con riguardo ai presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria si rinvia a quanto più diffusamente esposto nel paragrafo 3.

Per quanto attiene al regime probatorio afferente ai due *status* (protezione internazionale e sussidiaria) può dirsi in generale che il d.lgs. n. 251 del 2007, onera il richiedente di presentare, unitamente alla domanda di protezione internazionale o, comunque, appena disponibili, tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare domanda di protezione che l'autorità incaricata deve esaminare in cooperazione con il richiedente medesimo e con impulso ufficio su tutti gli elementi significativi dell'istanza di tutela.

A riguardo si richiamano i principi esposti al paragrafo 1.9 circa l'onere probatorio attenuato ed il dovere di allegazione del richiedente, la valutazione di credibilità delle sue dichiarazioni e il dovere di cooperazione del giudice.

In particolare, secondo **Sez. 6 - 1, n. 11312/2019, Scaldaferrì, Rv. 653608 – 01**, in tema di protezione sussidiaria dello straniero, ai fini dell'accertamento della fondatezza di una domanda proposta sulla base del pregiudizio individuale determinabile in esito a violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato, una volta che il richiedente abbia allegato i fatti costitutivi del diritto, il giudice del merito è tenuto, ai sensi dell'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, a cooperare nell'accertare la situazione reale del paese di provenienza mediante l'esercizio di poteri-doveri officiosi d'indagine e d'acquisizione documentale in modo che ciascuna domanda venga esaminata alla luce di informazioni aggiornate sul Paese di origine del richiedente con indicazioni delle fonti di riferimento in base alle quali abbia svolto l'accertamento richiesto non essendo sufficiente un riferimento generico a «fonti internazionali».

Una volta adempiuto tale onere di corredo dell'istanza, il d.lgs. n. 251 del 2007 formula, in proposito, una serie di parametri di valutazione destinati a semplificare l'onere di allegazione e, pertanto, ove si manifestasse un *deficit* probatorio di singoli elementi o lacune del racconto quest'ultimo viene considerato veritiero se all'autorità competente a decidere sulla domanda risulti da parte del richiedente ogni ragionevole sforzo impiegato per circostanziare la domanda la protezione, o vi sia una giustificazione fondata, rispetto alle carenze riscontrate, che possa condurre ad una valutazione di coerenza e plausibilità che non si presenti, comunque, in contrasto con le informazioni sia generali che attagliate al caso concreto e che dai riscontri effettuati il richiedente sia, in generale, attendibile.

In particolare, nella protezione umanitaria, in mancanza di prove del racconto dell'interessato e nell'assenza di sollecitazioni ad acquisizioni documentali, deve almeno avere rilevanza la credibilità soggettiva circa la condizione di vulnerabilità in capo al richiedente.

A tale ultimo proposito, **Sez. 1, n. 15794/2019, Di Marzio M., Rv. 654624 – 02**, ha precisato che ove, tuttavia, il vaglio di credibilità soggettiva abbia avuto esito negativo, l'autorità incaricata di esaminare la domanda non deve procedere ad alcun ulteriore approfondimento istruttorio officioso, neppure concernente la situazione del Paese di origine.

Infatti, onerando il richiedente di presentare a corredo della domanda tutti gli elementi utili secondo i criteri delineati all'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 251 del 2007 il legislatore intendeva, evidentemente, riferirsi tanto agli oneri di allegazione quanto a quelli probatori, pur nella prefigurata cooperazione istruttorie la quale, tuttavia, non esclude la regola generale dettata dal citato art. 2697 c.c., in forza del quale

l'attore è onerato della prova dei fatti costitutivi della domanda, con il che rimane ferma la soggezione del richiedente alla valutazione di credibilità, sia pure con tutte le agevolazioni della speciale tutela offerta considerato che nella protezione internazionale la valutazione delle prove si avvale di uno *standard* probatorio meno stringente considerato che il racconto della parte, se plausibile e coerente può considerarsi esaustivo dell'onere probatorio, perché solo quando possa dirsi superato il vaglio di credibilità della narrazione del richiedente può darsi ingresso alla prefata cooperazione istruttoria.

Secondo **Sez. 1, n. 21142 /2019, Di Marzio M. Rv. 654674 – 01**, in ogni caso il giudice non è dispensato dall'esercizio di un controllo di razionalità del racconto fornito perché su di essa deve fondarsi il vaglio di credibilità oltre che di coerenza interna ed esterna della vicenda narrata, peraltro sottratta al controllo di legittimità al di fuori dei limiti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

Una volta dato ingresso alla cooperazione istruttoria, questa va intesa in senso «dinamico», secondo **Sez. 1, n. 11097/2019, Dolmetta, Rv. 653475 – 01**, giacché, a fronte dell'onere dello straniero di proporre un'istanza, per quanto possibile, documentata, in presenza di dubbi o contestazioni sulla documentazione prodotta dal richiedente, il giudice è tenuto ad utilizzare, ufficiosamente, anche canali diplomatici, rogatoriali ed amministrativi, prima di potere affermare l'insufficienza anche dell'attività ufficioso.

In questo senso, il corretto dovere di cooperazione istruttoria, secondo **Sez. 1, n. 11103/2019, Scordamaglia, Rv. 653465 – 01** riguarda, infatti, l'oggetto dell'acquisizione delle necessarie informazioni e dai rapporti conoscitivi del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione internazionale, sia perché si tratta di fonti qualificate equiparate a quelle di altri organismi riconosciuti di comprovata affidabilità, sia perché provenienti da un dicastero istituzionalmente dotato di competenze, informative e collaborative, nella materia della protezione internazionale.

Sotto il profilo probatorio **Sez. 1, n. 21123/2019, Rossetti, Rv. 655294 - 01**, ha meglio qualificato l'onere del richiedente la protezione umanitaria richiedendo, nel caso di domanda avente per oggetto le diverse forme di protezione l'allegazione di fatti specifici e diversi da quelli dedotti per la richiesta di rifugio politico e per quella di protezione sussidiaria. Infatti, la natura residuale ed atipica della protezione umanitaria, se da un lato implica che il suo riconoscimento debba essere frutto di valutazione autonoma, caso per caso, e che il suo rigetto non possa conseguire automaticamente al rigetto delle altre forme tipiche di protezione, dall'altro comporta che chi invochi tale forma di tutela debba allegare in giudizio fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli posti a fondamento delle altre due domande di protezione c.d. «maggiore».

Ne consegue, secondo **Sez. 1, n. 10922/2019, Federico, Rv. 653474 – 01**, che il giudizio di scarsa credibilità del richiedente in relazione al riconoscimento dello *status* di rifugiato non preclude, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, l'esame delle diverse circostanze che concretizzino una situazione di «vulnerabilità» da effettuarsi su base oggettiva e, se necessario, previa integrazione anche officiosa delle allegazioni del ricorrente, come detto sopra, in applicazione del principio di cooperazione istruttoria. Ed invero, il riconoscimento del diritto al rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie deve essere frutto di valutazione autonoma, non potendo conseguire automaticamente al rigetto delle altre domande di protezione internazionale, attesa la strutturale diversità dei relativi presupposti. I profili generali del regime probatorio che interessano i due *status* saranno ripresi rispetto al peculiare regime della protezione umanitaria.

In ogni caso nell'ipotesi d'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa, che è da considerarsi esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, non è deducibile il vizio di violazione di legge, diversamente da ciò che riguarda la ricognizione della fattispecie astratta contenuta nella norma di legge che implica necessariamente un problema interpretativo della stessa. In applicazione di tale principio, la S.C. ha dichiarato, perciò, inammissibile il motivo di ricorso, formulato ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., con il quale era stata dedotta in modo del tutto generico la violazione di norme di legge, avuto riguardo alla valutazione sulla credibilità del richiedente protezione internazionale, attraverso il richiamo alle disposizioni disattese e tramite una ricostruzione della fattispecie concreta difforme da quella accertata dal tribunale (**Sez. 1, n. 3340/2019, Schirò, Rv. 652549 – 02**).

3. I presupposti del riconoscimento dello *status* di rifugiato e della protezione sussidiaria.

Conformemente a Sez. 1 n. 28433/2018, Tricomi L., Rv. 651471-01, **Sez. 1, n.13088/2019, Scotti, Rv. 653884-01** ha ribadito che nell'ordinamento italiano la valutazione della "settorialità" della situazione di rischio di danno grave deve essere intesa, alla stregua della disciplina di cui al d.lgs. n. 25 del 2008, nel senso che il riconoscimento del diritto ad ottenere lo *status* di rifugiato politico, o la misura più gradata della protezione sussidiaria, non può essere escluso in virtù della ragionevole possibilità del richiedente di trasferirsi in altra zona del territorio del Paese d'origine, ove egli non abbia fondati motivi di temere di essere perseguitato o non corra rischi effettivi di subire danni gravi, mentre non vale il contrario, sicché il richiedente non può accedere alla protezione se proveniente da una regione o area interna del Paese d'origine sicura, per il solo fatto che vi siano nello stesso Paese anche altre regioni

o aree invece insicure. In tal senso anche **Sez. 1 n. 18540/2019, Scotti, Rv. 654660-01**, che ha ribadito che non può ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato lo straniero proveniente da aree del Paese di origine sicure per il solo fatto che nel medesimo Paese vi siano altre aree insicure. Deve essere segnalato che le conclusioni appena illustrate - quanto all'ipotesi in cui il richiedente provenga da aree insicure, ma che ragionevolmente potrebbe trasferirsi in altre aree sicure del medesimo Paese - fondate sul mancato recepimento nella nostra normativa dell'art. 8 della direttiva 2004/83/CEE non saranno tuttavia più applicabili ai ricorsi introdotti dopo l'entrata in vigore del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, conv., con modif., in legge 1 dicembre 2018, n. 132, poiché tale d.l., apportando modifiche all'art. 32, comma 1, del d.lgs.n. 25 del 2008, ha recepito il contenuto dell'art. 8 della direttiva 2004/83/CEE, prevedendo, come causa di rigetto della domanda da parte della Commissione Territoriale, la circostanza che, in una parte del Paese di origine, il richiedente non abbia fondati motivi di essere perseguitato.

Sez. 1, n. 30031/2019, Succio, Rv. 656354 - 01, quanto ai presupposti dello *status* di rifugiato politico, ha affermato che esso deve essere riconosciuto al richiedente asilo, che rifiuti di prestare il servizio militare nello Stato di origine, ove la renitenza alla leva è sanzionata penalmente, per evitare il concreto rischio di essere arruolato in un conflitto caratterizzato da crimini di guerra e contro l'umanità. Deve, invero, ritenersi motivo di persecuzione l'appartenenza al gruppo sociale degli obiettori di coscienza, tenuto conto che l'art. 7, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 251 del 2007 (che riproduce il disposto dell'art. 9, par. 2, lett. e) della Direttiva 2004/83/CE, poi riportato nella Direttiva 2011/95/UE) si applica a tutto il personale militare, anche logistico e di sostegno, e riguarda le situazioni in cui il servizio militare comporta la possibilità di partecipazione anche solo indiretta alla commissione di crimini di guerra in un determinato conflitto, senza che sia necessario che tali crimini siano stati già commessi o che rientrino nella sfera di competenza della Corte penale internazionale, essendo sufficiente che il richiedente asilo sia in condizioni di dimostrare l'esistenza di un'alta probabilità che siffatti crimini siano commessi. (Fattispecie relativa a renitente alla leva ucraino).

In tema dei presupposti per il riconoscimento della protezione sussidiaria *ex art.* 14, lett. c), del d. lgs. n. 251 del 2007, richiamato quanto già esposto nel § 1.9. in ordine ai contrasti di giurisprudenza tra **Sez. 1, n. 14283/2019, Falabella, Rv.654168-01** da una parte e **Sez. 6-1 n. 4892/2019, Lamorgese, Rv. 652755-01 e Sez. 1, n. 17174/2019, Tria, Rv. 654654-01**, dall'altra, va segnalato che **Sez. 6-1, n. 9090/2019, Sambito, Rv. 653697-01 e Sez. 6-1 n. 18306/2019, Sambito, Rv. 654719-01**, conformemente alla giurisprudenza precedente (tra le molte, Sez. 6-1, n. 13858/2018, Lamorgese, Rv. 648790-01) hanno ribadito che il conflitto armato interno rileva solo se, eccezionalmente, possa ritenersi che gli scontri tra le forze

governative di uno Stato ed uno o più gruppi armati, o tra due o più gruppi armati, siano all'origine di una minaccia grave e individuale alla vita o alla persona del richiedente la protezione e che il grado di violenza indiscriminata deve avere pertanto raggiunto un livello talmente elevato da far ritenere che un civile, se rinvio nel Paese o nella regione in questione, correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio, un rischio effettivo di subire detta minaccia.

In tema di protezione sussidiaria, *ex* art. 14, lett. b), del d.lgs. n. 251 del 2007, **Sez. 6-1, n. 16411, Bisogni, Rv. 654716-01**, ha affermato che il danno grave alla persona, ai sensi della predetta norma, può essere determinato dalla sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti con riferimento alle condizioni carcerarie e, al riguardo, il giudice è tenuto a fare uso del potere-dovere d'indagine previsto dall'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, che impone di procedere officiosamente all'integrazione istruttoria necessaria al fine di ottenere informazioni precise sull'attuale condizione generale e specifica del Paese di origine (in precedenza in senso conforme **Sez. 6-1, n. 24064/2013, Acierno, Rv. 628478-01**).

In relazione all'omosessualità, quale motivo di persecuzione nel Paese di origine, si registra nel 2019 una sola pronuncia, ovvero **Sez. 1, n. 11176/2019, Federico, Rv. 653880-01**, che ha affermato che, al fine di escludere il diritto del richiedente che si dichiara omosessuale, di conseguire la protezione internazionale o la protezione sussidiaria, non è sufficiente verificare che nello Stato di provenienza l'omosessualità non sia considerata alla stregua di un reato, dovendo altresì essere accertata la sussistenza, in tale Paese, di un'adequata protezione da parte dello Stato, a fronte di gravissime minacce provenienti da soggetti privati.

Sul tema in precedenza si erano già espresse **Sez. 6-1 n. 02875/2018, Lamorgese, Rv. 647344-01**, che aveva affermato - in un caso in cui il richiedente, cittadino del Gambia (paese nel quale l'omosessualità è punita dall'ordinamento con pene gravissime, quali la tortura, l'ergastolo e la decapitazione), lamentava il mancato riconoscimento della protezione internazionale - che il giudice non deve valutare nel merito la sussistenza o meno del fatto, ossia la fondatezza dell'accusa, ma deve invece accertare, ai sensi degli artt. 8, comma 2 e 14, lett. c), del d.lgs. n. 251 del 2007, se tale accusa sia reale, cioè effettivamente rivolta al richiedente nel suo Paese, e, dunque, suscettibile di rendere attuale il rischio di persecuzione o di danno grave in relazione alle conseguenze possibili secondo l'ordinamento straniero.

Sez. 6-1 n. 26969/2018, Acierno, Rv. 651511-01 (ma in tal senso già **Sez. 6-1, n. 15981/2012, Bisogni, Rv. 624006-01**) aveva inoltre rilevato che la dichiarazione del richiedente di avere intrattenuto una relazione omosessuale, ove la valutazione circa la credibilità del dichiarante, secondo i parametri indicati nell'art. 3 del d.lgs. n. 251 del 2007, si sia fondata esclusivamente sull'omessa conoscenza delle conseguenze penali del comportamento, impone al giudice del merito la verifica, anche officiosa,

delle conseguenze che la scoperta di una tale relazione determina secondo la legislazione del Paese di provenienza dello straniero, perché qualora un ordinamento giuridico punisca l'omosessualità come un reato, questo costituisce una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini, che ne compromette la libertà personale e li pone in una situazione di oggettivo pericolo.

Quanto alle liti tra privati (per ragioni proprietarie, familiari, ecc.), **Sez. 1, n. 26823/2019, Federico, Rv. 655628-01** ha affermato, in tema di protezione sussidiaria, e avuto riguardo alla libertà religiosa dello straniero, che il diritto a tale forma di protezione non può essere escluso dalla circostanza che il danno grave possa essere provocato da soggetti privati, qualora nel Paese d'origine non vi sia un'autorità statale in grado di fornire adeguata ed effettiva tutela, con conseguente dovere del giudice di effettuare una verifica officiosa sull'attuale situazione di quel Paese e, quindi, sull'eventuale inutilità di una richiesta di protezione alle autorità locali. (Nella specie, il richiedente, cittadino senegalese di religione cristiana, aveva dedotto di essere esposto, in caso di ritorno in Senegal, al pericolo di essere ucciso per aver rifiutato di diventare sacerdote della religione tribale professata dal padre il quale, morendo, gli aveva lasciato tale incarico secondo la tradizione).

In relazione alla configurabilità quale forma di persecuzione o di danno grave anche delle minacce che provengano da privati, devono menzionarsi anche le pronunce di **Sez. 1, n. 28974/2019, Oliva, Rv. 655565-01** e **Sez. 1 n. 29836/2019, Parise, Rv. 656267-01**, rispettivamente, in tema di persecuzione derivante dall'aver ostacolato la pratica dell'infibulazione e dalla prospettiva di una persecuzione per motivi religiosi - già citate al § 1.10 in relazione al contenuto del dovere di cooperazione istruttoria da parte del giudice - avendo tali pronunce, quale presupposto, il riconoscimento dell'astratta idoneità di condotte da parte di privati in assenza della protezione statale a costituire ipotesi di persecuzione o di danno grave per il richiedente.

Sez. 1, n. 26823/2019, Federico, Rv. 655628-01 si pone sulla linea di precedente e consolidato orientamento espresso da Sez. 6-1, n. 3758/2018, Rv. 647370-01 e già in precedenza, *ex multis*, da Sez. 1, n. 23604/2017, Rv. 646043-01, Sez. 6-1 n. 16356/2017, Rv. 644807-01, Sez. 6-1 n. 15192/2015, Rv. 636207-01 - secondo cui le minacce di morte da parte di una setta religiosa integrano gli estremi del danno grave *ex art. 14 del d.lgs. n. 251 del 2007* e non possono essere considerate un fatto di natura meramente privata, atteso che la minaccia di danno grave può provenire, ai sensi dell'art. 5, lett. c), d.lgs. cit., anche da «*soggetti non statuali, se i responsabili di cui alle lett. a) e b)*», ossia lo Stato e i partiti o le organizzazioni che controllano lo Stato o il territorio o parte di esso, «*comprese le organizzazioni internazionali, non possono o non vogliono fornire protezione, ai sensi dell'art. 6, comma 2, contro persecuzioni o danni gravi*»; con la conseguenza che l'adita autorità giudiziaria ha il dovere di accertare, avvalendosi

dei suoi poteri istruttori anche ufficiosi e acquisendo comunque le informazioni sul Paese di origine del richiedente, previste all'art. 8 d.lgs. n. 25 del 2008, l'effettività del divieto legale di simili minacce, ove sussistenti e gravi, ossia di accertare se le autorità sono effettivamente in grado di offrire adeguata protezione al ricorrente in relazione a tali minacce. Tuttavia, in contrasto consapevole con tale univoco orientamento si pone **Sez. 6-1, n. 9043/2019, Lamorgese, Rv. 653794-01**, che ha escluso che le liti tra privati possano essere addotte come causa di persecuzione o danno grave, nell'accezione offerta dal d.lgs. n. 251 del 2007, trattandosi, per l'appunto, di "vicende private", estranee al sistema di protezione internazionale, non rientrando né nelle forme dello *status* di rifugiato (art. 2, lett. e), né nei casi di protezione sussidiaria (art. 2, lett. g). Ciò in quanto l'art. 5 del cit. decreto individua chi sono – e devono essere – i responsabili della persecuzione o del danno grave, sicché per ricomprendere le c.d. vicende private tra le cause di persecuzione o danno grave, ai fini del riconoscimento della protezione internazionale, occorrerebbe valorizzare oltremisura il riferimento ai «soggetti non statuali» indicati nella lett. c) dell'art. 5. Tuttavia – si argomenta in parte motiva – detti soggetti non statuali sono considerati responsabili della persecuzione o del danno grave solo «se [“può essere dimostrato che...”]: cfr. art. 6 della direttiva n. 2004/83/CE] i responsabili di cui alle lett. a), e b) [vale a dire lo Stato e le organizzazioni internazionali] non possono o non vogliono fornire protezione», a fronte di atti persecutori e danno grave non imputabili direttamente ai medesimi «soggetti non statuali», ma pur sempre allo Stato o alle menzionate organizzazioni collettive. Pertanto – si conclude – un'interpretazione che, facendo leva sul generico riferimento del legislatore ai «soggetti non statuali», faccia assurgere le controversie tra privati (o la mancata o inadeguata tutela giurisdizionale offerta dal Paese per la risoluzione delle stesse) a cause idonee e sufficienti a integrare la fattispecie persecutoria o del danno grave, verrebbe a porsi in rotta di collisione con il principio secondo cui *«i rischi a cui è esposta in generale la popolazione o una parte della popolazione di un paese di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale da definirsi come danno grave»* (Considerando 26 della direttiva n. 2004/83/CE), oltre ad essere poco sostenibile sul piano sistematico.

4. Il diritto alla protezione umanitaria: premessa.

La protezione umanitaria rappresenta, come noto, uno *status* residuale rispetto a quello di rifugiato e di tutela sussidiaria ed essa si articolava, fino alla profonda rivisitazione di cui infra (§ 4.1.) sulla disciplina base di cui alla direttiva 2008/115/CE, in forza della quale (art. 6, par. 4) ciascuno Stato può riconoscere

allo straniero irregolare un titolo di soggiorno, o altro titolo autorizzatorio, nel caso di emersione di “motivi umanitari, caritatevoli o di altra natura “.

La nuova disciplina della protezione umanitaria è ora contenuta nel d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., nella l. n. 132 del 2018, che rivisita integralmente la materia del permesso di soggiorno per motivi umanitari oggi ricatalogata attraverso una serie di fattispecie vincolate definite “casi speciali”.

4.1. La protezione umanitaria.

La S.C. ha sempre ritenuto che la protezione umanitaria costituisse un presidio di completamento del disposto di cui all’art. 10 comma 3, Cost. (Sez. 6-1, n. 16362/2016, De Chiara, Rv. 641324- 01), in attuazione del principio di *non refoulement*, oltre che dell’art. 8 CEDU e dei numerosi strumenti normativi sovranazionali che impegnavano ed impegnano lo Stato italiano nel riconoscimento del diritto di asilo giustificato da ragioni umanitarie (Sez. U., n. 5059/2017, Giusti, Rv. 643118 – 01).

Da queste premesse la giurisprudenza della S.C. ha sempre affermato la natura meramente dichiarativa del provvedimento di tutela umanitaria consistente nel rilascio del titolo di soggiorno per ragioni umanitarie.

Questo presidio di protezione va visto come effetto finale del regime di protezione sussidiaria dell’Unione sviluppatosi con la codificazione del divieto di *non refoulement* (artt. 2 e 3 CEDU) nel caso di danno grave rispetto alla situazione politico – sociale del Paese di provenienza dell’asilante.

La protezione umanitaria, al di là delle previsioni normative nazionali, non risulta perfettamente amalgamata con quella europea, sebbene la protezione relativa agli *status* di rango superiore al pari della tutela umanitaria debbano risultare conformi alla giurisprudenza CEDU. Tale forma di protezione era destinata a colmare le lacune del principio assoluto e non comprimibile di *non refoulement* laddove il caso concreto non si attagli alle fattispecie ascrivibili alla protezione sussidiaria ed ancor prima a quella riconosciuta al rifugiato.

La novella di cui al d.l. n. 113 del 2018, convertito con modificazioni nella l. n.132 del 2018 ed entrato in vigore dal giorno 5 ottobre 2018 ha profondamente innovato rispetto al regime previgente introducendo una serie di fattispecie denominate permessi di soggiorno «per casi speciali» sopprimendo, pertanto, a far data dal 5 ottobre 2018, la prima parte dell’art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998 (di seguito: T.U.I.) con riferimento ai «seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali od internazionali dello Stato italiano » in forza dei quali lo Stato era tenuto a riconoscere il diritto ad un permesso di soggiorno del richiedente.

La novella citata ha lasciato, comunque, inalterata la seconda parte del comma 6 del citato art. 5 che, come noto, prevede che il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possano essere adottati sulla base di altri strumenti pattizi internazionali, laddove il cittadino straniero soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili ad uno degli stati contraenti. La modifica dell' art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, relativamente al titolo concesso dal questore nei limiti stabiliti dall'art. 19, commi 1 e 1.1, del T.U.I., in ossequio al principio di *non refoulement* per rischio di persecuzione e di tortura costituisce, invece, un'ipotesi «speciale» a parte.

La novella citata è, infatti, intervenuta anche sull' art. 32 del d.lgs. n. 25 del 2008 prevedendo che, nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ricorrano i presupposti di cui all'articolo 19, commi 1 e 1.1, del d.lgs. n. 25 del 2008, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per il rilascio di un permesso di soggiorno annuale che reca la dicitura «protezione speciale», salvo che possa disporsi l'allontanamento del richiedente verso uno Stato che provvede ad accordare una protezione analoga. Il permesso di soggiorno di cui al presente comma risulta rinnovabile, previo parere della Commissione territoriale, e consente di svolgere attività lavorativa senza possibilità di conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

Gioverà precisare, al riguardo, che le condizioni indicate nell'art. 19, comma 1.1, del T.U.I. riguardano i casi di divieto di respingimento, espulsione o estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura, tenendo conto dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani.

La stessa novella, intervenendo sull'art. 19, comma 2, lettera d-*bis* del T.U.I. contempla un permesso speciale per cure mediche purché ci si trovi al cospetto di uno stato di salute di particolare gravità. Il legislatore è ancora intervenuto sull' art. 20 *bis* T.U.I. per disciplinare la fattispecie di protezione dello straniero nell'evenienza di una causa di eccezionale calamità naturale che impedisca il rientro e la permanenza del richiedente in condizioni di sicurezza. Ancora, risulta introdotta la fattispecie di cui all'art. 42 *bis* del T.U.I. che disciplina il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile.

La novella in questione ha inteso precisare che costituiscono altrettanti «casi speciali» il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, nonché quello per le vittime di violenza domestica (art. 18 *bis*) nonché quello per particolare sfruttamento lavorativo (artt. 18, 18 *bis*, 22, comma 12 *quater* T.U.I.).

Così delineato il quadro delle profonde modifiche normative che innervano la disciplina nazionale della tutela umanitaria, va detto, inoltre, che in sede di conversione in legge del decreto la novella legislativa ha introdotto il concetto di «Paese terzo sicuro di origine del richiedente asilo».

La lista dei Paesi così caratterizzati fa rinvio alla legislazione secondaria attraverso un decreto interministeriale. L'intento della norma appare chiaro nel focalizzare la provenienza del richiedente da uno Stato definito «Paese sicuro» onde qualificare manifestamente infondata la domanda di protezione internazionale.

La S.C. sulla delimitazione di «zone sicure» è invece intervenuta con **Sez. 1, n. 18540/2019, Scotti, Rv. 654660 – 01**, affermando che lo straniero non può ottenere il riconoscimento dello *status* di rifugiato per il solo fatto che vi siano nel suo Paese di origine aree o regioni insicure, qualora la regione o area da cui egli provenga sia immune da rischi di persecuzione.

Come si vede, l'effetto di irrigidimento del sistema di protezione e l'elisione normativa delle fattispecie aperte ai motivi umanitari ha prodotto, comunque, un'ulteriore stretta sulle possibilità d'integrazione ed inclusione sociale previste dal sistema c.d. SPRAR che costituisce (va) un esperimento efficiente di *multilevel governance* diretto a realizzare forme di accoglienza integrata, rafforzando i legami solidaristico sociali nel nostro territorio e a ripopolare aree abbandonate dalla popolazione originaria.

A tale scopo, nel 2001 il Ministero dell'Interno aveva siglato con l'Associazione nazionale dei Comuni italiani (ANCI) e con l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNCHR), un protocollo d'intesa per la realizzazione di un «Programma nazionale asilo», poi confluito nella l. 30 luglio 2002 n. 189, attraverso la costituzione del Sistema SPRAR gestito e coordinato dall'ANCI.

La novella, invece, ridimensiona fortemente l'originario sistema riservando esclusivamente ai titolari di protezione internazionale (ossia a coloro che hanno già avuto il riconoscimento dello *status* di rifugiato o godono della protezione sussidiaria) e ai minori non accompagnati l'accesso al sistema SPRAR ora denominato SIPROIMI (Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati), con la conseguenza che tutti gli altri richiedenti troveranno, invece, accoglienza solo nei centri ad essi dedicati.

Da un punto di vista del rispetto del principio di uguaglianza si possono avanzare riserve rispetto alla chiara scelta legislativa di diversificare nettamente la posizione di chi vanta già un titolo a permanere nel territorio nazionale attraverso lo *status* di rifugiato o gode della protezione sussidiaria, rispetto a chi è in attesa di una definizione della sua domanda d'asilo e di chi, invece, viene collocato nel nuovo sistema SIPROIMI giacché, come detto, solo i primi vengono considerati meritevoli di protezione rispetto ai semplici richiedenti i quali avranno accesso alle sole strutture di prima accoglienza ossia CARA e CAS, fino all'esito della domanda d'asilo.

Problematico risulta, pertanto, il raccordo tra il diritto dei richiedenti asilo, prima inseriti nel sistema SPRAR, come tali iscrivibili nelle liste anagrafiche, tenuto conto che risulta anche abrogato l'art. 5 *bis* del d.lgs. 142 del 2015, rispetto al principio di effettività della tutela giurisdizionale alla luce degli artt. 24, 103, 113 Cost. e nell'art. 1 C.p.a. nonché in ambito sovranazionale degli artt. 19 TUE, 263 TFUE e 6 CEDU.

4.2. Le ragioni umanitarie e il regime probatorio.

Si richiama in primo luogo quanto esposto al § 1.9 in tema di onere di allegazione e di prova del richiedente e di cooperazione istruttoria del giudice.

Con specifico riguardo alle ragioni umanitarie, rimane ribadita nella giurisprudenza della S.C., con riguardo alle domande di protezione proposte prima dell'entrata in vigore della nuova legge (5.10.2018), la natura atipica e residuale della protezione umanitaria conformata, come deciso da **Sez. 1, n. 13088/2019, Scotti, Rv. 653884 – 02**, sulla valutazione della condizione soggettiva di vulnerabilità frutto di accertamento autonomo da effettuarsi caso per caso, non potendo, infatti questa valutazione, conseguire automaticamente dal rigetto delle altre domande di protezione internazionale, essendo necessario considerare la specificità della condizione personale di particolare vulnerabilità del richiedente, da valutarsi anche in relazione alla sua situazione psico-fisica attuale ed al contesto culturale e sociale di riferimento. Ciò sta a significare che, come nel caso scrutinato, il giudice del merito è tenuto a tenere in debito conto il convincimento soggettivo del richiedente di essere vittima di malefici stregonici, ossia a considerare la cultura tribale e la capacità di prevaricazione mentale dei riti sciamanici nell'ambito della cultura di appartenenza, onde pervenire, ai fini della valutazione di vulnerabilità, ad un giudizio di idoneità del convincimento soggettivo del richiedente di trovarsi in una situazione di pericolo, a prescindere dall'effettività della persecuzione riferita.

Sez. 1, n. 13079/2019, Fidanzia, Rv. 654164 – 01, precisa ulteriormente che la condizione di “vulnerabilità” del richiedente va verificata caso per caso, ossia individualizzando il percorso esistenziale in Italia onde compararlo con quello anteatto del Paese di origine nel caso di futuro rimpatrio e ciò in quanto non possono essere tipizzate le categorie soggettive meritevoli di tutela dato che la protezione umanitaria copre tutte le situazioni in cui, pur non sussistendo i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria, tuttavia non possa disporsi l'espulsione.

Peraltro in tali giudizi, come ribadito da **Sez. 1, n. 13897/2019, Pazzi, Rv. 654174 – 01** (già cit. nel § 1.11) a fronte del dovere del richiedente di allegare, produrre o dedurre tutti gli elementi e la documentazione necessari a motivare la

domanda, la valutazione delle condizioni socio-politiche del Paese d'origine del richiedente deve avvenire, mediante integrazione istruttoria officiosa, tramite l'apprezzamento di tutte le informazioni, generali e specifiche di cui si dispone pertinenti al caso ed aggiornate al momento dell'adozione della decisione. Con riguardo all'apprezzamento della "vulnerabilità" del richiedente, il giudice del merito non può limitarsi a valutazioni solo generiche omettendo di individuare le specifiche fonti informative da cui vengono tratte le conclusioni assunte, potendo incorrere in tale ipotesi, la pronuncia, ove impugnata, nel vizio di motivazione apparente.

Ciò non significa, tuttavia, che ai fini del riconoscimento della forma residuale di tutela che s'incentra nella protezione umanitaria, il giudizio di scarsa credibilità della narrazione del richiedente, in relazione alla specifica situazione dedotta a sostegno della domanda di protezione internazionale, precluda, comunque, la valutazione da parte del giudice, della concreta situazione di « vulnerabilità» che va sempre effettuata su base oggettiva e, se necessario, attraverso quel dovere d'integrazione officiosa delle allegazioni del ricorrente, come detto sopra, considerato che il riconoscimento del diritto al rilascio del permesso di soggiorno per ragioni umanitarie deve essere frutto di valutazione autonoma, non potendo conseguire automaticamente al rigetto delle altre domande di protezione internazionale, attesa la strutturale diversità dei relativi presupposti.

La vulnerabilità che s'intende proteggere può trovare la sua scaturigine anche nella situazione socio - familiare del richiedente.

Sez. 1, n. 18540/2019, Scotti, Rv. 654660 – 02 ha ricondotto nell'alveo dei soggetti vulnerabili di cui all' art. 2, comma 1, lett. h-*bis*, del T.U.I., come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b, n. 1, del d.lgs. n. 142 del 2015, ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria, anche il genitore singolo con figlio minore, con la conseguenza che merita di essere cassato con rinvio il decreto del tribunale che aveva rigettato la domanda di protezione umanitaria di una donna con un figlio minore al seguito, sul solo presupposto che l'art. 19 del T.U.I., non include, in realtà, tra i soggetti non espellibili, il genitore affidatario di figlio minore sul territorio italiano.

La S.C. ha altresì specificato con **Sez. 6 - 1, n. 20580/2019, Nazzicone, Rv. 654946 – 01** (già cit. al § 1.9), che, nella valutazione di credibilità, comune a tutte le domande di protezione internazionale, l'art. 3 del d.lgs. n 251 del 2007 si limita ad enunciare alcuni parametri, meramente indicativi e non tassativi, che possono costituire una guida per la valutazione nel merito della veridicità delle dichiarazioni del richiedente, i quali, tuttavia, fondandosi sull'*id quod plerumque accidit*, possono rivelarsi non esaustivi e, pertanto, non precludere il ricorso ad altri criteri di carattere presuntivo che possono illuminare il giudice circa la veridicità delle dichiarazioni rese aggiungendo che il carattere circostanziato del racconto non costituisce, di per

sé, un indice di attendibilità, ai sensi del comma 5, lett. a), della norma citata, ove i fatti narrati siano, comunque, inverosimili, secondo comuni canoni di ragionevolezza.

In ogni caso, secondo la S.C. il potere d'impulso istruttorio non detta una regola di giudizio con la conseguenza che, come precisato da **Sez. 1, n. 21881/2019, Pazzi, Rv. 655165 – 01**, la scelta degli elementi probatori e la valutazione di essi, rientrano nella sfera di discrezionalità del giudice di merito, il quale non è obbligato a confutare dettagliatamente le singole argomentazioni svolte dalle parti su ciascuna delle risultanze probatorie, né a compiere l'analitica valutazione di ciascun documento prodotto, ma deve soltanto fornire, mediante un apprezzamento globale del materiale istruttorio raccolto, un' esauriente e convincente motivazione sulla base degli elementi ritenuti più attendibili e pertinenti.

Nella valutazione concreta ed individualizzata della vulnerabilità personale, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, rientrano, secondo **Sez. 1, n. 13096/2019, Iofrida, Rv. 653885 – 01**, anche le condizioni del Paese di transito e di temporanea permanenza in quanto potenzialmente idonee ad ingenerare un forte grado di traumaticità del vissuto del richiedente asilo.

Nella specie la S.C. cassava la decisione di merito che aveva negato la sussistenza dei presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno, senza compiere alcuna valutazione in ordine alle violenze sessuali che la richiedente asilo, cittadina nigeriana, aveva allegato di avere subito in Libia, Paese di transito e di permanenza per un biennio.

In materia di protezione umanitaria, la vulnerabilità può, ancora, concretizzarsi anche in un pregiudizio alla salute, così richiamato l'art. 32 Cost. e gli obblighi internazionali scaturenti con l'adesione all'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS). In tal caso, secondo **Sez. 1, n. 18541/2019, Scotti, Rv. 654661 – 01**, il giudice deve valutare il grave pregiudizio alla salute che può derivare al richiedente in caso di rientro nel Paese di origine, quando egli sia un soggetto vulnerabile, in quanto affetto da gravi malattie o da disturbi mentali. Nella specie la Corte ha cassato il provvedimento impugnato perché il Tribunale non aveva valutato il rischio di danno alla salute del ricorrente, cittadino ghanese affetto da depressione cronicizzata, nel caso di rientro nel Paese di origine, né aveva accertato se la terapia farmacologica e psicologica necessaria potesse essergli somministrata nel paese di origine.

Per converso, secondo **Sez. 6 - 1, n. 3681/2019, Nazzicone, Rv. 652754 – 01**, le ragioni di protezione umanitaria giustificate da motivi di salute non vanno intese come garanzia di "parametri di benessere" nel senso che non è ipotizzabile né un obbligo dello Stato italiano in questo senso, né quello di impedire, in caso di ritorno in patria, il sorgere di situazioni di "estrema difficoltà economica e sociale" in

assenza di qualsivoglia effettiva condizione di vulnerabilità che prescinda dal risvolto prettamente economico.

Anche l'avvenuta integrazione sociale, come già chiarito da Sez. 1 n. 04455/2018, Acierno, Rv. 647298-01, non costituisce, di per sé, ragione esaustiva delle ragioni umanitarie che giustificano la tutela in discorso, dovendo, piuttosto, effettuarsi una effettiva valutazione della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al Paese d'origine. Come si evince da **Sez. 1 , n. 13079/2019, Fidanzia, Rv. 654164 – 01**, viene, pertanto, confermata la giurisprudenza della S.C. che, in tema di accertamento della condizione di vulnerabilità, richiede una valutazione concreta da effettuarsi caso per caso della vita privata del richiedente in Italia, da confrontare con la situazione personale vissuta da costui prima della partenza ed alla quale si troverebbe esposto in caso di rimpatrio, non potendosi tipizzare le categorie soggettive meritevoli di tale tutela, la quale, fino alle modifiche della novella di cui al d.l. 113 del 2018 convertito nella l. 132 del 2018 era da considerarsi, invece, atipica e residuale, ossia destinata a coprire tutte quelle situazioni nelle quali, ove non emergessero i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato o della protezione sussidiaria e, tuttavia, non possa disporsi l'espulsione in base al principio di *non refoulement*.

La necessità di ancorare la valutazione a dati individuali riferiti alla vita privata e familiare del richiedente in Italia, comparandola con quella anteatta vissuta nel Paese di provenienza rispetto ai rischi cui il richiedente si troverebbe esposto in conseguenza del rimpatrio, è ribadita, pertanto, da **Sez. 6 - 1, n. 9304/2019 Rv. 653700 – 01, Falabella**, considerato che, in caso contrario, si prenderebbe in considerazione non già la situazione particolare del singolo soggetto, ma quella del suo Paese di origine, in termini del tutto generali ed astratti, in contrasto con il parametro normativo di cui all'art. 5, comma 6, del T.U.I. (previgente rispetto alla nuova disciplina del d.l. 113 del 2018 convertito in l. 132 del 2018).

La latitudine del concetto di vulnerabilità impone, perciò, di considerare prioritariamente il nucleo di rispetto dei diritti fondamentali che possano essere violati e, pertanto, secondo **Sez. 1, n. 5358/2019, Scotti, Rv. 652731 – 01**, (ancorché in una fattispecie anteriore all'introduzione dell'art. 19, comma 1.1., nel T.U.I.) il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari sorge anche in situazioni non tipizzate di vulnerabilità dello straniero, risultanti da obblighi internazionali o costituzionali conseguenti al rischio del richiedente di essere immesso, in esito al rimpatrio, in un contesto sociale, politico ed ambientale idoneo a costituire una significativa ed effettiva compromissione dei suoi diritti fondamentali. Ne consegue che, anche laddove il richiedente abbia commesso fuori del territorio nazionale un reato grave (art. 10, comma 2, lett. b, e 16, comma 1, lettera b, d.lgs. n. 251 del 2007) e, tuttavia, venga accertato il rischio di cui sopra, in

caso di rientro nel Paese di origine, di sottoposizione a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, anche secondo i principi affermati dall'art. 3 della CEDU, tale evenienza va presa in considerazione dal giudice della protezione internazionale, con l'ausilio dei poteri ufficiosi che gli competono, anche nelle fattispecie antecedenti all'entrata in vigore della l. n. 110 del 2017 che prevede che, in nessun caso, possa disporsi l'espulsione dello straniero qualora esistano fondati motivi di ritenere che egli rischi di essere sottoposto a tortura (art. 19 T.U.I.).

4.3. La nuova protezione umanitaria ed i regimi intertemporali.

Come più volte anticipato, il d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., nella l. 132 del 2018, ha eliso la fattispecie aperta del permesso di soggiorno per «motivi umanitari» introducendo delle ipotesi rigidamente predeterminate ossia, permesso di soggiorno per vittime di violenza domestica, cure mediche, impedimento al ritorno dello straniero nel Paese di origine nel caso di calamità, sfruttamento lavorativo, nonché permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile, come sopra accennato. Per effetto della novella sopra citata tutte le controversie relative alle fattispecie elencate, tranne quella di cui all'art. 42 *bis* del d.lgs. n. 286 del 1998 rientrano nella competenza del giudice collegiale, istituito presso le Sezioni Specializzate per l'Immigrazione dei tribunali e le decisioni non sono appellabili.

Il regime intertemporale risulta, in parte, regolato dall'art. 1 del d.l. n. 113 del 2017, commi 8 e 9. In sostanza, l'art. 1, comma 8, del d.l. cit. stabilisce che i permessi di soggiorno per motivi umanitari, già riconosciuti e in corso di validità alla data di entrata in vigore del decreto, restino validi fino alla scadenza, allorché in favore dei titolari e fuori dei casi di conversione in altre forme di permesso, possa essere rilasciato un ulteriore permesso ai sensi del novellato (e più restrittivo) art. 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, previa valutazione della Commissione territoriale. L'art. 1, comma 9, del medesimo d.l. disciplina, invece, la diversa ipotesi in cui, nei procedimenti amministrativi in corso alla data di entrata in vigore del decreto, la Commissione Territoriale, pur non accogliendo la domanda di protezione internazionale, abbia ravvisato la sussistenza dei gravi motivi di carattere umanitario. Poste le premesse della novella, la questione che la giurisprudenza di legittimità, attesa la mancanza di una norma transitoria destinata a disciplinare il passaggio dal vecchio al nuovo regime, ha dovuto, innanzitutto, dirimere è stata quella della incidenza della novella di cui al già citato d.l. 113 del 2018 convertito nella l. 132 del 2018 sui procedimenti e nei giudizi in corso riguardanti il rilascio del permesso per ragioni umanitarie, tenuto conto della struttura e delle ragioni dell'attuazione a livello costituzionale del principio di *non refoulement*, ossia del suo carattere di diritto pieno e non comprimibile e del rispetto del principio d'irretroattività della legge

contenuto nell'art. 11 delle preleggi. Circa il collegamento intertemporale tra le due discipline dal punto di vista processuale secondo **Sez. 1, n. 16458/2019, Parise, Rv. 654637 – 01**, nella vigenza dell'art. 3, comma 1, lett. d), e comma 4, d.l. n. 13 del 2017, convertito nella l. 46 del 2017, successivamente modificato dall'art. 1, c. 3, lettera a) del d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., nella l. n. 132 del 2018, qualora sia stata proposta esclusivamente la domanda di protezione umanitaria, la competenza per materia appartiene, invece, alla sezione specializzata del Tribunale in composizione monocratica, che giudica secondo il rito ordinario *ex art. 281-bis ss. c.p.c.* o, ricorrendone i presupposti, secondo il procedimento sommario di cognizione *ex art. 702-bis ss. c.p.c.* e pronuncia sentenza o ordinanza impugnabile in appello, atteso che il rito previsto dall'art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008, con le peculiarità che lo connotano (composizione collegiale della sezione specializzata, procedura camerale e non reclamabilità del decreto), ha un ambito di applicazione espressamente limitato alle controversie di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 25 del 2008 ed a quelle relative all'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Unità Dublin.

Secondo **Sez. 1, n. 4890/2019, Acierio, Rv. 652684 – 01**, va, innanzitutto, confermata la necessità della valutazione comparativa dei diversi livelli di vita e d'integrazione del richiedente ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria ed affermato che la novella in discorso non riveste carattere retroattivo; pertanto, va escluso che la novella possa contenere anche la regola dell'applicabilità immediata della nuova disciplina legislativa ai giudizi ed ai procedimenti amministrativi in corso alla data del 5 ottobre 2018. Infatti, pur ribadendo che il principio di irretroattività fissato nell'art. 11 delle preleggi non ha copertura costituzionale, ed è suscettibile di deroghe, in difetto di una disciplina transitoria lo *ius superveniens* non può reagire sui rapporti giuridici esauriti con la conseguenza che gli effetti già prodotti non possono essere travolti dalla nuova legge.

La S.C. parte, perciò, dal punto fermo appena citato, ossia che se l'art. 11 delle preleggi sancisce il principio di irretroattività della legge allora la norma sopravvenuta è inapplicabile, oltre che ai rapporti giuridici esauriti, anche a quelli ancora in vita alla data della sua entrata in vigore, ove tale applicazione si traduca nel disconoscimento di effetti che già si sono verificati per effetto del pregresso fatto generatore del rapporto. Il presupposto di tale irretroattività e della non applicabilità immediata della novella si fonda, secondo la pronuncia in esame, sul carattere ricognitivo della situazione giuridica corrispondente alla tutela richiesta, quanto agli effetti del fatto-generatore, che non possono essere incisi stante il carattere dichiarativo della fattispecie di tutela, dal momento che il presidio umanitario della protezione costituisce parte integrante del sistema pluralistico di protezione internazionale.

Nello stesso senso si é espressa anche **Sez. 6 - 1, n. 9090/2019, Sambito, Rv. 653697 – 02.**

Nel senso, invece, dell'applicazione immediata, senza distinzioni rispetto a situazioni pregresse nel senso ridetto, si è pronunciata la Sez. 1, con le due ordinanze interlocutorie di cui ai **nn. 11750/2019 e 11751/2019, Lamorgese, non massimate**, le quali, rilevando un contrasto, hanno rimesso la questione del regime temporale applicabile tra vecchia e nuova disciplina, alle Sezioni Unite della Corte.

Lo snodo motivazionale delle due ordinanze di remissione fa leva sul presupposto che non siano riscontrabili situazioni soggettive suscettibili di sfociare nel presidio umanitario, in sé concluse, preclusive dell'applicazione della nuova legge con il che non emergerebbe un problema di applicazione o di efficacia retroattiva della legge che incida sul canone dell'irretroattività della legge. La nozione di “retroattività” non va, invero, confusa con quella di “applicazione immediata”, la quale è, invece, connaturata al principio di imperatività della legge, che, diversamente, finirebbe per essere applicata solo ai rapporti “nuovi”, ossia, interamente “sorti” dopo l'entrata in vigore della nuova legge e mai a quelli “in corso” al momento della decisione, conclusione questa che, secondo le ordinanze di remissione, non trova riscontri nell'ordinamento.

Sulla non retroattività si sono, invece, espresse sia **Sez. U. 29459 del 2019, Perrino, Rv. 656062 - 01** sia **Sez. U. n. 29460/2019, Perrino, non massimata**, che hanno risolto, nel senso ridetto, il contrasto giurisprudenziale relativo all'immediata applicazione o meno della parte del d.l. n. 113 del 2018, convertito in l. 132 del 2018.

La prima delle decisioni appena citate, in un caso nel quale la tutela umanitaria era stata negata dalla Commissione territoriale ed, invece, concessa dal giudice prima del 5 ottobre 2018, precisa, infatti, che la novella non ha effetto retroattivo sulle regole del rilascio del permesso umanitario per le domande proposte dal 5 ottobre 2018, sebbene il rilascio di tale permesso dovrà seguire la formula più rigida dei permessi c.d. «speciali» secondo la nuova casistica di cui alla nota novella che consente oggi una protezione speciale per un anno, anziché due, rinnovabile, ma non più convertibile in permesso di soggiorno di lavoro e in quello per motivi familiari.

Il passaggio tra le due discipline prende, innanzitutto, in considerazione un dato temporale che fa da spartiacque tra i due regimi, ossia la proposizione della domanda di tutela, ancorché il diritto al presidio tutoriale si materializzi con l'ingresso dello straniero sul territorio nazionale in ossequio al principio costituzionale di tutela dei diritti fondamentali violati nel Paese di origine che costituiscono il nucleo incompressibile della vulnerabilità del richiedente asilo.

Inoltre, non potrà essere presa in considerazione in via esclusiva l'avvenuta integrazione del richiedente che ha trovato un posto di lavoro nel nostro Paese, ma andrà sempre effettuata una verifica comparativa tra la condizione del richiedente rispetto al Paese di origine ed il livello d'integrazione raggiunto nel paese di accoglienza.

In definitiva, anche con la seconda decisione, **Sez. U. n. 29460 del 2019, Perrino, cit.**, rimane riconfermato il principio di diritto secondo il quale la normativa introdotta con il d.l. n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari, già contenuta nel vecchio testo di cui all'art. 5, comma 6, del T.U.I. e dalle altre disposizioni consequenziali, è d'immediata applicazione e tale risulta la sostituzione della previsione di casi speciali di permessi di soggiorno. Tale normativa non trova, invece, applicazione in relazione alle domande di riconoscimento di un permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore della nuova legge (5 ottobre 2018) le quali saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione.

Sulla questione generale della retroattività della legge molti spunti sono comunque offerti dalla giurisprudenza della Corte EDU circa la conformità della successione delle leggi nel tempo rispetto al principio del giusto processo, sancito dall'art. 6 CEDU, di una legislazione che intervenga in materia civile con effetti retroattivi, per quanto la stessa Corte abbia ritenuto che le questioni relative all'immigrazione e all'asilo non rientrino nel campo di applicazione dell'art. 6 CEDU, il che pone in dubbio la valenza del citato art. 6 ad operare quale norma interposta rispetto all'art. 117, comma 1, Cost. in questo contesto normativo.

Tuttavia, nell'ipotesi di accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari sulla base dei presupposti esistenti prima dell'entrata in vigore del d. l. n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del 2018, farà seguito il rilascio da parte del Questore di un permesso di soggiorno contrassegnato dalla dicitura «speciale» e soggetto alla disciplina e all'efficacia temporale prevista dall'art. 1, comma 9, di detto decreto legge.

5. L'espulsione amministrativa.

La disciplina dell'espulsione amministrativa dello straniero irregolare è inserita in un complesso quadro normativo di riferimento.

Chi è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera o non ha titolo per rimanervi, può essere destinatario di un provvedimento di espulsione amministrativa (con avvio allo Stato di appartenenza, ovvero, quando ciò non sia possibile, allo Stato di provenienza) disposta dal prefetto ed eseguita dal questore,

previo nulla osta dell'autorità giudiziaria che procede per reati a carico dello straniero espulso «salvo che sussistano inderogabili esigenze processuali» (art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998).

Si tratta di un provvedimento impugnabile davanti al giudice di pace *ex art.* 18 del d.lgs. n. 150 del 2011, che può eseguirsi mediante accompagnamento alla frontiera (art. 13, commi 4 e 5-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998) o mediante il trattenimento, misura restrittiva della libertà personale che necessita di convalida da parte del giudice e che, una volta concessa, rende definitivo il provvedimento di espulsione (prima sospeso nella sua efficacia).

Con riguardo al profilo delle garanzie dell'espellendo, nella fase amministrativa, la consolidata giurisprudenza di legittimità, da ultimo riaffermata da Sez. 1, n. 27682/2018, Acierno, Rv. 651119-01, ha escluso l'obbligo di dare preventiva comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento amministrativo di espulsione, ai sensi degli artt. 7 e 8 della l. n. 241 del 1990. L'argomentazione (desumibile tra le altre, in Sez. 1, n. 28858/2005, Spagna Musso, Rv. 586798-01), valorizza la specialità della procedura espulsiva, ove rilevano sia motivi di ordine di pubblico che di sicurezza dello Stato, e tiene conto, altresì, dei caratteri di celerità e speditezza che ne connotano l'*iter*.

Sussiste, invece, l'obbligo di traduzione del decreto di espulsione nella lingua conosciuta all'interessato cosicché la mancata traduzione comporta la nullità del provvedimento di espulsione, a meno che l'Ufficio non attesti l'impossibilità di traduzione, essendo tale attestazione condizione necessaria e sufficiente perché il decreto di espulsione risulti immune da vizi di nullità (conforme Sez. 6-1, n. 17558/2010, Salmè, Rv. 614305).

Afferma l'obbligo di traduzione nella lingua conosciuta dall'interessato o in quella c.d. veicolare ai sensi dell'art. 13, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998 **Sez. 1, n. 2953/19, Pazzi, Rv. 652623-01**, a pena di nullità del provvedimento espulsivo salvo che lo straniero conosca la lingua italiana o altra lingua nella quale il decreto sia stato tradotto, circostanza da accertare anche in via presuntiva e che costituisce accertamento di fatto censurabile nei ristretti limiti di cui all'attuale formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.

Sez. 6-1, n. 24119/2019, Sambito, Rv. 655456-01, ravvisa la nullità del decreto prefettizio, per rilevato difetto della necessaria formalità di comunicazione, trasmesso all'espellendo in mera copia libera o informale priva dell'attestazione di conformità all'originale apposta dal pubblico ufficiale a ciò autorizzato (ovvero non sottoscritto dal prefetto: così già Sez. 1, n. 28884/2005, Del Core, Rv. 585694-01, che aveva anche chiarito come l'obbligo dell'autorità di p.s. di informare, ai sensi dell'art. 2, comma 7, del d.lgs. n. 286 del 1998, la rappresentanza diplomatica o consolare dello Stato cui appartiene lo straniero circa il provvedimento di espulsione

adottato nei confronti di costui, non attiene al momento perfezionativo del provvedimento, ma a profili logici e temporali del tutto successivi, di mera informazione dello Stato di provenienza dello straniero espulso, con la conseguenza che l'eventuale violazione di tale obbligo non incide né sulla validità, né sull'efficacia del provvedimento espulsivo).

Concludendo la rassegna dei possibili vizi del decreto di espulsione, **Sez. 1, n. 20693/2019, Oliva, Rv. 654884-01**, esclude che lo straniero nei cui confronti penda in Italia un procedimento penale (o che sia parte offesa nel medesimo) possa far valere, quale motivo di invalidità del provvedimento, la mancanza del nulla osta all'espulsione da parte del giudice penale, imposto dall'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1986, non avendo - si argomenta - alcun interesse protetto alla denuncia di tale omissione, essendo detta previsione posta a salvaguardia delle esigenze della giurisdizione penale, mentre l'interesse dell'espulso all'esercizio del diritto di difesa e alla partecipazione al processo penale è tutelato dall'autorizzazione al rientro contemplata dall'art. 17 del cit. decreto.

Ai fini della tempestività dell'impugnazione del provvedimento di espulsione dello straniero, **Sez. 6-1, n. 15981/2019, Vella, Rv. 654603-01**, ha chiarito che si deve avere riguardo alla data di spedizione del ricorso tramite presentazione all'ufficio postale, non già alla data di ricezione, posto che la sentenza costituzionale n. 278 del 2008 ha dichiarato illegittimo l'art. 13, comma 8, del d.lgs. n. 286 del 1998 e succ. modif., nella parte in cui non consente l'utilizzo del servizio postale per la proposizione diretta, da parte dello straniero, del ricorso avverso il decreto prefettizio di espulsione, quando sia stata accertata l'identità del ricorrente in applicazione della normativa vigente.

Con riguardo all'adozione del provvedimento espulsivo, poteri giudiziali di accertamento pieno (e non già limitati da un'insussistente discrezionalità amministrativa) sono invece riconosciuti dalla giurisprudenza in tema di valutazione dei presupposti espulsivi per motivi di ordine e sicurezza pubblica di cui all'art. 13, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998. In tale ipotesi, per verificare l'appartenenza dello straniero ad una delle categorie di pericolosità sociale ivi indicate mediante rinvio (ora) agli artt. 1, 4 e 16, del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159 (cd. codice antimafia), il giudice di pace non può limitarsi alla verifica dei suoi precedenti penali, ma deve compiere un accertamento oggettivo (e non meramente soggettivo) degli elementi che giustificano sospetti e presunzioni, estendendo il giudizio anche all'esame complessivo della personalità dello straniero, desunta dalla sua condotta di vita e dalle manifestazioni sociali nelle quali quest'ultima si articola, verificando in concreto l'attualità della pericolosità sociale (in termini **Sez. 1, n. 20692/2019, Oliva, Rv. 654673-01** e **Sez. 1, n. 26830/2019, Rossetti, Rv. 655821-01**).

5.1. I casi d'inespellibilità.

L'istituto dell'espulsione amministrativa si intreccia con la garanzia dell'inespellibilità dello straniero, che ne preclude l'esecuzione coattiva.

Principale causa di inespellibilità è (tranne alcune eccezioni) la presentazione della domanda di protezione internazionale.

Quanto agli effetti, sotto il profilo sostanziale e processuale, della presentazione della domanda *de qua* si rinvia a quanto diffusamente esposto nella rassegna precedente.

La proposizione della domanda di protezione internazionale legittima lo straniero richiedente a permanere nel territorio dello Stato sino alla decisione della Commissione Territoriale sulla stessa, quale unico soggetto deputato a verificarne le condizioni di ammissibilità e fondatezza, con la sola salvezza delle ipotesi di cui all'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 25 del 2008; ne consegue che l'autorità di pubblica sicurezza avanti alla quale lo straniero si presenti per proporre la domanda non è autorizzata a valutarla nel merito ed in ipotesi di delibazione di infondatezza ad attivare il procedimento di espulsione del cittadino straniero (così **Sez- 6-1, n. 11309/2019, Terrusi, Rv. 654197-01**: fattispecie in cui la S.C. ha cassato la pronuncia del giudice di pace ed annullato il decreto di espulsione in quanto la questura, ricevuta la domanda di asilo politico e ritenuti non provati dal richiedente i relativi presupposti, aveva direttamente trasmesso gli atti al prefetto per l'emissione del provvedimento espulsivo (vedi altresì Sez. 6-1, n. 28003/2018, Acierno, Rv. 651151-01, secondo cui la proposizione del ricorso del richiedente asilo avverso il provvedimento di diniego della protezione internazionale emesso dalla Commissione Territoriale è dotato, in via generale, di efficacia sospensiva automatica fino alla decisione sul ricorso).

Sez. 1, n. 16486/2019, Bisogni, Rv. 654549-01, ha esteso la garanzia *ex art.* 31 della Convenzione di New York - che prevede la non espellibilità di un apolide se non nei casi di documentata sussistenza dei motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico - in via analogica anche alle situazioni di apolidia di fatto e/o nelle more del procedimento per accertare lo stato di apolidia, quando la situazione del soggetto emerge chiaramente dalle informazioni o dalla documentazione delle autorità pubbliche competenti dello Stato italiano, di quello di origine o di quello verso il quale può ravvisarsi un collegamento significativo con il soggetto interessato.

Per quanto riguarda i limiti all'espulsione correlati alla tutela dell'unità familiare, si rinvia *infra* al capitolo a ciò specificamente dedicato.

5.2. Il trattenimento dello straniero e le misure alternative.

Come già accennato, sia nel caso dell'espulsione che nel caso del respingimento "differito", il questore può disporre il trattenimento dello straniero in un centro di identificazione ed espulsione (CIE, ora CPR) ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998.

Si tratta di una misura strumentale all'esecuzione del provvedimento di allontanamento che – come ha affermato, da ultimo, **Sez. 1, n. 6064/2019, Federico, Rv. 653101-01** – costituisce una privazione della libertà personale legittimamente realizzabile soltanto in presenza delle condizioni giustificative previste dalla legge e secondo una modulazione dei tempi rigidamente predeterminata. Ne consegue che, in virtù del rango costituzionale e della natura inviolabile del diritto inciso, la cui conformazione e concreta limitazione è garantita dalla riserva assoluta di legge prevista dall'art. 13 Cost., l'Autorità amministrativa è priva di qualsiasi potere discrezionale e negli stessi limiti opera anche il controllo giurisdizionale, non potendo essere autorizzate proroghe non rigidamente ancorate a limiti temporali e a condizioni legislativamente imposte, con l'ulteriore corollario che la motivazione del provvedimento giudiziale di convalida della proroga del trattenimento deve contenere l'accertamento della sussistenza dei motivi adottati a sostegno della richiesta, nonché la loro congruenza rispetto alla finalità di rendere possibile il rimpatrio (Nella specie, la S.C. ha cassato il decreto di convalida della proroga del trattenimento, redatto su modulo prestampato non recante alcuna specifica motivazione in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 14, comma 5, d.lgs n. 286 del 1998).

In base all'art. 14, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, lo straniero attinto da decreto prefettizio di espulsione - non eseguito - che sia in possesso di passaporto o di altro documento equipollente in corso di validità, anziché essere trattenuto, può essere destinatario di una o più delle seguenti misure adottate dal questore con provvedimento motivato comunicato entro quarantotto ore dalla notifica al giudice di pace competente per territorio il quale, se ne ricorrono i presupposti, le convalida nelle successive quarantotto ore:

- a) consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità, da restituire al momento della partenza;
- b) obbligo di dimora in un luogo preventivamente individuato, dove possa essere agevolmente rintracciato;
- c) obbligo di presentazione, in giorni ed orari stabiliti, presso un ufficio della forza pubblica territorialmente competente.

Con riguardo all'adozione delle misure alternative al trattenimento ed al procedimento di convalida, si rinvia a quanto esposto nella rassegna precedente.

Con riferimento alla proroga del trattenimento nel CIE di uno straniero richiedente asilo o protezione internazionale, **Sez. 1, n. 27939/2019, Marulli, Rv. 655650-01** (in continuità con Sez. 6-1, n. 03298/2017, Genovese, cit., e con **Sez. 1, n. 6064/2019, Federico, cit.**), ha affermato che il provvedimento di proroga del trattenimento nel CIE di uno straniero richiedente asilo o protezione internazionale deve essere disposto, a pena di nullità, nel termine di quarantotto ore dalla richiesta del questore, imponendo gli strumenti internazionali e comunitari (oltre che la legge nazionale) che il giudice, nel suindicato termine, debba motivare in ordine alla necessità di tale eccezionale misura limitativa della libertà personale, anziché di quelle previste dalla legge, in rapporto alla delibazione della richiesta di protezione internazionale (nella specie la S.C. ha cassato il provvedimento impugnato in quanto, per la mancata notifica del decreto di fissazione dell'udienza al difensore di fiducia, l'udienza di comparizione era stata posticipata per consentire detta notifica cosicché la convalida era intervenuta a termine già decorso; *contra* Sez. 6-1, n. 7158/2016, De Chiara, Rv. 639310-01, che aveva ritenuto sufficiente che la proroga fosse disposta nel termine originario di scadenza del trattenimento, mentre il decorso, tra la corrispondente richiesta e la sua convalida da parte del giudice di pace, di un tempo superiore alle quarantotto ore, non ne inficerebbe la validità, non ponendosi alcuna esigenza di rispetto dell'articolo 13, comma 3, Cost., atteso che il giudice non interviene per convalidare un provvedimento restrittivo già emesso dal questore, ma emette egli stesso il provvedimento restrittivo).

6. La tutela dell'unità familiare e dei minori: premessa.

Nel corso del 2019 la giurisprudenza della S.C. in tema di immigrazione e di tutela dell'unità familiare nonché dei minori si è mossa lungo le linee direttrici tracciate negli anni passati e di cui si è dato conto nella precedente rassegna cui pertanto si fa rinvio per quanto attiene ai principi informativi sulla tutela del nucleo familiare e dei minori.

Le pronunce di quest'anno, nel solco della giurisprudenza del 2018, hanno riguardato in particolare la tutela dei legami familiari nell'ambito degli istituti del ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari nonché con riguardo all'interpretazione delle norme che disciplinano il rilascio del permesso di soggiorno e l'espulsione.

6.1 I limiti al divieto di espulsione: lo straniero convivente con i parenti entro il secondo grado o con il coniuge di cittadinanza italiana.

In tema di espulsione, la rilevanza dei limiti posti dall'art. 13, comma 2 *bis*, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 ha subito un notevole ridimensionamento

per effetto della dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui, disponendo che la valutazione discrezionale da esso prevista trovi applicazione soltanto nei confronti dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o del familiare ricongiunto, escludeva che la tutela rafforzata del vincolo familiare potesse operare in favore dello straniero che versasse nelle condizioni sostanziali per ottenere il ricongiungimento, ma non avesse fatto formale richiesta del relativo provvedimento.

A riguardo **Sez. 1, n. 781/2019, Lamorgese, Rv. 652401 – 01**, ripercorrendo l'orientamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità in merito alla tutela dei legami familiari, statuisce che l'art. 13, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell'esistenza di legami con il paese d'origine, si applica, con valutazione caso per caso ed in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE, anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza Corte Cost. n. 202 del 2013.

Sottolinea la pronuncia che il giudice del merito è tenuto, tuttavia, onde pervenire all'applicazione della tutela rafforzata di cui al citato art.13, comma 2 *bis*, a dare conto di tutti gli elementi qualificanti l'effettività di detti legami (rapporto di coniugio, durata del matrimonio, nascita di figli e loro età, convivenza, dipendenza economica dei figli maggiorenni etc.) oltre che delle difficoltà conseguenti all'espulsione, senza che sia possibile, fuori dalla valorizzazione in concreto di questi elementi, fare riferimento ai criteri suppletivi relativi alla durata del soggiorno, all'integrazione sociale nel territorio nazionale, ovvero ai legami culturali o sociali con il Paese di origine.

Il principio della tutela dei legami familiari in tema di espulsione si ritrova altresì nella più o meno coeva **Sez. 1, n. 1665/2019, Mercolino, Rv. 652408 – 01**, ove si conferma che l'art. 13, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 286 del 1998 si applica, con valutazione da effettuarsi caso per caso, anche al cittadino straniero che pure non si trovi nella posizione di formale richiedente il ricongiungimento familiare. Nella specie la Corte ha cassato con rinvio il provvedimento di rigetto dell'opposizione ad espulsione, pronunciato dal giudice di pace nei confronti dello straniero coniugato con una connazionale regolarmente soggiornante in Italia.

Secondo **Sez. 1, n. 8889/2019, Di Marzio, Rv. 653234 – 01**, la tutela dei legami familiari come limite all'espulsione può riguardare solo i casi tipizzati e non già

quindi la convivenza *more uxorio*. Ed invero, detto legame dello straniero con un cittadino, ancorché giustificato dal tempo necessario affinché uno o entrambi i conviventi ottengano la sentenza di scioglimento del matrimonio dal proprio coniuge, non rientra tra le ipotesi tassative di divieto di espulsione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 286 del 1998, le quali, essendo previste in deroga alla regola generale dell'obbligo di espulsione nelle fattispecie contemplate dall'art. 13 del d.lgs cit., non sono suscettibili di interpretazione analogica o estensiva. Peraltro, precisa la Corte, non contrasta manifestamente con i principi costituzionali la previsione (contenuta nell'art. 19 cit.) del divieto di espulsione solo per lo straniero coniugato con un cittadino italiano e per lo straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il secondo grado, atteso che essa risponde all'esigenza di tutelare da un lato l'unità della famiglia, dall'altro il vincolo parentale che riguarda persone che si trovano in una situazione di certezza di rapporti giuridici, certezza assente nella convivenza "*more uxorio*".

Nel caso sottoposto al suo esame la Corte ha ritenuto che il giudice di pace dovesse valutare la situazione quando vi siano figli minorenni conviventi con la coppia, cassando il provvedimento impugnato che aveva ommesso di considerare tale ultimo aspetto.

Con peculiare riguardo ai principi che informano il delicato equilibrio tra principi posti a tutela dell'ordine pubbliche e tutela della famiglia e del minore, **Sez. I, n. 26831/2019, Rossetti, Rv. 655629 – 01**, pronunciandosi in ordine alla regolarità del decreto di espulsione di un cittadino marocchino, privo di un regolare titolo di soggiorno in Italia e padre di tre figli minorenni, richiamati i principi sanciti dall'art. 3 della Convenzione di New York 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo (ratificata dalla legge 27 maggio 1991, n. 176, richiamata dall'art. 28 del d.lgs. n. 286 del 1998), ove è prescritto che gli Stati vigilino affinché il minore non sia separato dai genitori, fa comunque salva l'ipotesi in cui la separazione sia il risultato di provvedimenti legittimamente adottati da uno Stato-parte. Pertanto, nel caso in cui lo straniero sia colpito da un provvedimento di espulsione, le esigenze di legalità e sicurezza sottese a tale provvedimento non sono di per sé recessive rispetto all'interesse, pur preminente, del fanciullo.

La Corte aggiunge che non può richiamarsi a favore del ricorrente l'art. 31 del d.lgs. n. 286 del 1998, erroneamente da questo invocato.

Tale norma, infatti, non proclama alcun divieto di espulsione dello straniero che abbia figli minori, ma stabilisce il ben diverso principio per cui il figlio minore dello straniero segue la condizione giuridica del genitore solo se quest'ultimo sia "regolarmente soggiornante" evidenziando altresì che il comma terzo di tale norma non sancisce affatto un divieto di espulsione dello straniero che abbia figli minori, ma disciplina il ben diverso istituto dell'autorizzazione all'ingresso del genitore di un

minore già residente in Italia, "per un tempo determinato", per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore. Peraltro a rilasciare tale autorizzazione è competente il Tribunale per i minorenni e non il Giudice di pace.

In tema di tutela dell'unità familiare, **Sez. 1, n. 23412/2019, Mercolino, Rv. 655505 – 01**, afferma che, ove la richiesta di rilascio del visto d'ingresso sia collegata al ricongiungimento familiare o al permesso di soggiorno per motivi familiari, la posizione del richiedente è qualificabile come diritto soggettivo, con la conseguente spettanza all'Autorità giudiziaria ordinaria della giurisdizione in ordine all'impugnazione del provvedimento di diniego e con il conseguente radicarsi della competenza presso il tribunale del luogo in cui il richiedente ha la residenza.

6.2. L'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare.

Nel corso del 2019 va segnalata in primo luogo **Sez. U, n. 15750/2019, Giusti, Rv. 654215 – 01**, in ordine all'interpretazione da assegnare all'art. 31, comma 3, del d. lgs. n. 286 del 1998 a seguito della ordinanza n. 29802 del 2018 con cui la Prima Sezione della Corte di Cassazione ha richiesto la rimessione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374 c.p.c., avendo sollevato il dubbio se il comportamento del familiare incompatibile con la permanenza in Italia possa essere preso in considerazione solo ai fini della revoca dell'autorizzazione già concessa oppure anche ai fini del rigetto del rilascio dell'autorizzazione richiesta.

Le S.U., all'esito di un complesso percorso argomentativo, hanno statuito che in tema di autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero che si trova nel territorio italiano, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998, il diniego non può essere fatto derivare automaticamente dalla pronuncia di condanna per uno dei reati che lo stesso testo unico considera ostativi all'ingresso o al soggiorno dello straniero; nondimeno la detta condanna è destinata a rilevare, al pari delle attività incompatibili con la permanenza in Italia, in quanto suscettibile di costituire una minaccia concreta ed attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, e può condurre al rigetto della istanza di autorizzazione all'esito di un esame circostanziato del caso e di un bilanciamento con l'interesse del minore, al quale la detta norma, in presenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico, attribuisce valore prioritario ma non assoluto.

La sentenza *de qua* ha preso le mosse da un esame approfondito della giurisprudenza successiva a quella delle Sezioni Unite segnalando l'interpretazione "ampia" data al requisito dei gravi motivi cui è subordinato il rilascio dell'autorizzazione da parte del Tribunale per i Minorenni. Tale requisito trova la

sua ragione nell'esigenza di proteggere il diritto fondamentale del minore a vivere con i genitori e rinviene il fondamento normativo in disposizioni presenti in una pluralità di norme di origine sovranazionale, nazionale, di natura costituzionale o ordinaria. Ha segnalato la rilevanza dell' art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea del 2000 (c.d. Carta di Nizza) nella versione del Trattato di Lisbona in vigore dal 1 dicembre 2009, che ha sancito il diritto al rispetto della vita privata e familiare, e della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, che all' art. 3 prevede che in tutte le decisioni relative ai minori l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente, ed all' art. 9 che gli Stati vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori se non in casi specifici e controllati. La Corte è partita dal dato letterale dell' art. 31, comma 3, con riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, ed in particolare a quelle decisioni che hanno ritenuto la legittimità del diniego del rilascio o del rinnovo del permesso di soggiorno a seguito della condanna per determinati reati, purché vi sia un ragionevole bilanciamento tra l'esigenza di non discriminazione e quella di regolamentare i flussi migratori.

Viene altresì richiamata la sentenza con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell' art. 1 *ter*, comma 13, lett. c), del decreto legge 1 luglio 2009 n. 78, introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009 n. 102, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall' art. 381 c.p.p., senza prevedere che la pubblica amministrazione accerti che lo stesso rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato (Corte cost. n. 172 del 2012). Viene altresì richiamata la pronuncia Corte Cost. 2020 del 2013, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 286 del 1998 nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o al familiare ricongiunto, e non anche allo straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato. La norma sulla quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi prevede la possibilità di una valutazione discrezionale *sub specie* di esclusione dell'automatismo espulsivo nel caso di straniero che ha esercitato il ricongiungimento familiare o del familiare ricongiunto allo scopo di potere garantire a tali soggetti, nonostante la ricorrenza dei presupposti per l'espulsione per avere commesso i reati di cui all' art. 4, comma 3, del d. lgs. 286 del 1998, la permanenza sul territorio dello Stato.

Tale possibilità è stata estesa dalla Corte anche a coloro che, possedendo i requisiti per il ricongiungimento, non hanno esercitato tale diritto, attraverso il richiamo, ancora una volta, ai propri precedenti sulla libera scelta garantita al

legislatore nella determinazione delle modalità di controllo dell'ingresso degli stranieri.

Le S.U. hanno preso in considerazione anche la giurisprudenza della Corte EDU con specifico riguardo all' art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha costantemente affermato l'esigenza di bilanciare il diritto dello Stato di procedere all'espulsione degli stranieri puniti con pena detentiva con quello alla vita familiare del ricorrente e dei congiunti. Il giudicante ha infine operato un richiamo alla giurisprudenza della Cassazione penale che, in tema di misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero, sia per quella prevista dall' art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309 in seguito alla condanna per reati in materia di stupefacenti, sia per quella prevista dagli artt. 235 c.p. e 15 d. lgs. n. 286 del 1998, ha stabilito la necessità di effettuare un esame comparativo tra la pericolosità sociale del condannato e l'interesse alla vita familiare.

Affronta il diverso profilo problematico dei presupposti richiesti per l'autorizzazione ex art. 31, comma 3 del d.lgs n. 286 del 1998 **Sez. I, n. 20645/2019, Acerno, Rv. 654670 – 01.**

La Corte, pronunciandosi in un caso in cui era stata negata l'autorizzazione ex art. 31 ad una cittadina albanese, madre di tre minori, sull'assunto che la norma non è diretta alla scelta delle migliori condizioni di vita degli stessi, bensì ad accertare l'esistenza di una situazione temporanea di grave disagio psico-fisico, ha invero statuito che va compiuto un giudizio prognostico relativo ai danni che potrebbero verificarsi per il minore a causa del rimpatrio mentre esula dal paradigma normativo e dall'elaborazione giurisprudenziale il fatto che il danno o il pericolo di danno debba essere per forza temporaneo e transeunte. Nella specie la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che senza valutare la situazione dei minori in caso di rimpatrio, aveva posto in rilievo unicamente la limitatezza temporale del soggiorno in Italia e l'intento della madre di far crescere e studiare i minori in Italia.

La giurisprudenza di legittimità si è altresì soffermata sul rapporto tra l'autorizzazione ex art. 31 d.lgs. n. 286 del 1998 ed altri istituti simili a tutela dei legami familiari.

A riguardo **Sez. 1, n. 10785/2019, Valitutti, Rv. 653572 – 01** ha statuito che, in conformità ad un'interpretazione costituzionalmente orientata e in linea con i principi delineati dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU, il permesso di soggiorno per assistenza minore, previsto dall'art. 29, comma 6, del d.lgs. n. 286 del 1998, rilasciato al familiare autorizzato all'ingresso ovvero alla permanenza sul territorio nazionale, ai sensi dell'art. 31, comma 3, dello stesso decreto, può essere convertito in permesso di soggiorno per motivi familiari, ai sensi dell'art. 30, comma 1, lett. c), del decreto succitato.

Ritiene la Corte che la concessione del permesso di soggiorno per assistenza a minore evidenzia la sussistenza di un legame familiare significativo che costituisce una valida *ratio* giustificativa, a differenza di quanto stabilito per il permesso per motivi di lavoro, per l'eventuale conversione del permesso per assistenza a minore in permesso di soggiorno per motivi familiari, ai sensi dell'art. 30, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 286 del 1998.

E tuttavia, vertendosi in materia di rilascio di un titolo abilitativo alla permanenza sul territorio italiano, che coinvolge altri interessi di rilievo pubblicistico, è necessario che il giudice di merito accerti caso per caso, dandone conto nella motivazione della decisione emessa, che il richiedente sia in possesso dei requisiti per il ricongiungimento familiare, previsti dall'art. 29 del d.lgs. n. 286 del 1998.

La ricorrenza dei “gravi motivi” è censurabile in sede di legittimità, come precisa da ultimo **Sez. 1, n. 33360/19, Rossetti, Rv. 656564 - 01**, solo ove il giudice di merito abbia totalmente trascurato di considerare le condizioni di salute o l'età del minore, trattandosi di parametri di giudizio che il legislatore impone di considerare per la valutazione della sussistenza dei presupposti legittimanti il rilascio dell'autorizzazione, mentre, una volta valutate le condizioni di salute e l'età del minore, non sono sindacabili le conclusioni che il giudice abbia tratto in ordine alla sussistenza dei gravi motivi, trattandosi di valutazioni di merito.

7. Apolidia e cittadinanza in generale.

La definizione di apolide è dettata, innanzitutto, dall'art. 1 della Convenzione di New York del 28 settembre 1954, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 1 febbraio 1962, n. 306, che così recita: «*Ai fini della presente Convenzione, il termine «apolide» indica una persona che nessuno Stato considera come suo cittadino nell'applicazione della sua legislazione*». Detta convenzione costituisce l'unico trattato internazionale finalizzato a prevedere dei livelli generali garantiti nel trattamento delle persone apolidi, mentre la Convenzione del 30 agosto 1961 è strumento pattizio di prevenzione dell'apolidia attraverso ordinamenti sulla cittadinanza che impediscano il crearsi di questo *status*. L'Italia ha ratificato le due Convenzioni, in ultimo, con la legge 29 settembre 2015, n. 162 ed ha equiparato ai fini dell'applicazione della legge italiana sulla cittadinanza (art. 16 comma 2 legge 5 febbraio 1992, n. 91) il rifugiato all'apolide con esclusione degli obblighi inerenti al servizio militare.

Nel nostro ordinamento mancano, comunque, sia una legge organica che riguardi l'apolide, sia stime analitiche del fenomeno. Si calcola, però, che a livello mondiale gli apolidi siano circa 10 milioni, mentre in Italia, secondo una stima approssimativa dell'UNHCR risalente al 2016, le persone apolidi potrebbero essere fino a 15.000, per la maggior parte di origine Rom e discendenti da persone

provenienti della *ex*-Jugoslavia, ossia persone dallo *status* incerto per ragioni multifattoriali che vanno dalla mancanza di documenti di identità o alla mancata registrazione alla nascita.

Le recenti innovazioni legislative in tema di cittadinanza non sembrano però perfettamente in linea, come si vedrà più avanti, con l'obiettivo di contrasto a tale fenomeno sempre in via di crescita per effetto dei fenomeni migratori. Infatti, la nuova sanzione di revoca della cittadinanza introdotta dal d.l. 113 del 2018, convertito in l. n. 132 del 2018 priverebbe il destinatario dell'unica tutela in suo possesso, in violazione del divieto di nuova apolidia previsto dall'art 8 della Convenzione sulla riduzione dell'apolidia del 30 agosto 1961 e, comunque, in violazione dall'art. 8 della Convenzione citata sulla riduzione dei casi di apolidia.

La S.C. in tema di apolidia ha ritenuto, innanzitutto, che ai fini del riconoscimento di tale *status* occorra unicamente l'accertamento del mancato possesso della cittadinanza che il richiedente potrebbe, in concreto, possedere (ovvero quella dello Stato di nascita propria o dei propri genitori, o in alternativa quella dello Stato di stabile residenza), e che tale accertamento possa derivare anche da fatti concludenti, e che tuttavia, una volta stabilito il mancato possesso della cittadinanza di uno degli Stati col quale il richiedente presenti un collegamento stretto (di nascita propria o dei propri genitori, ovvero di stabile e continua residenza ed esclusa la mancanza di collegamenti con altri Stati in vista di una possibile cittadinanza alternativa) nessuna ulteriore indagine deve esser disimpegnata ai fini del riconoscimento dello *status* di apolidia (**Sez. 1, n. 16114 /2019, Terrusi, non massimata**).

Emerge, in proposito, rispetto all'art. 27 Cost., il rischio di un *vulnus* rispetto alla finalità rieducativa della pena laddove la sanzione della revoca di cittadinanza sfoci nell'isolamento sociale dell'*ex* cittadino destinato ad una perenne apolidia.

La giurisprudenza della Corte (**Sez. 1, n. 16489/2019, Bisogni, Rv. 654549 – 01**) è intervenuta in applicazione analogica dell'art. 31 della Convenzione di New York, con una pronuncia che valorizza anche la c.d. apolidia di fatto ed ha pertanto annullato il decreto del Giudice di pace che aveva respinto l'impugnazione proposta dallo straniero avverso un decreto prefettizio d'espulsione, escludendo, pertanto, la espellibilità di un apolide se non nei casi di documentata sussistenza dei motivi di sicurezza nazionale e di ordine pubblico. Nel caso di specie era, infatti, emersa la tutelabile situazione del soggetto interessato secondo le evidenze delle informazioni e della documentazione delle Autorità pubbliche competenti dello Stato italiano, di quello di origine o di quello verso il quale emerge un collegamento significativo.

Per quanto riguarda la cittadinanza, va ricordato, innanzitutto, che la Costituzione, senza formalizzare una definizione, impone, attraverso l'art. 22, il divieto di privazione, per motivi politici, della cittadinanza al pari della capacità

giuridica e del nome, mentre la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'art. 15, tutela il diritto ad una cittadinanza senza dimenticare l'art. 3 della Costituzione nonché l'art. 117, comma 1, in caso di revoca della cittadinanza nei confronti di persona che ha perso la precedente cittadinanza per acquisire quella italiana. Ne discende che la cittadinanza riguarda uno *status* di rango costituzionale non retrocedibile e, comunque, indissolubilmente legato al concetto costituzionale di popolo secondo lo spirito dell' art. 1, comma 2, Cost. che, a sua volta, richiama il legame originario del cittadino con lo Stato.

Questa situazione giuridica attiva di rango costituzionale non va confusa con quella di cittadinanza europea che non costituisce uno *status* ma, nello spirito del Trattato di Maastricht (TUE), garantisce al cittadino di uno Stato membro una serie di libertà tra le quali possono annoverarsi quella di circolazione e di soggiorno su tutto il territorio dell'Unione, di voto attivo e passivo per le elezioni comunali e quelle del Parlamento europeo nello Stato membro di residenza.

7.1. I modi di acquisto della cittadinanza.

Ciò premesso, è noto come lo *status* di cittadinanza si acquisti *iure sanguinis*, ovvero, in una limitata ipotesi, *iure soli*: è, infatti, cittadino per nascita colui che sia nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono ed, infine, nel caso di figlio di ignoti che sia stato trovato nel territorio della Repubblica e non vi sia prova di possesso di altra cittadinanza.

Come altrettanto noto, secondo l'ordinamento vigente la cittadinanza può essere richiesta anche dagli stranieri che risiedano in Italia e che possano vantare una serie di requisiti, quali il reddito, nonché l'assenza di precedenti penali, salvi i motivi ostativi per la sicurezza dello Stato. L'ordinamento della cittadinanza è affidato alla legge 5 febbraio 1992, n. 91. La cittadinanza si acquista anche per beneficio di legge, in presenza di requisiti soggettivi ed oggettivi predeterminati (art. 4) nonché per matrimonio con cittadino italiano, se lo straniero o l'apolide risiedano legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero, qualora, al momento dell'adozione del decreto di concessione del Ministro dell'interno, non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi (secondo la S.C. non rileva, a tal fine, la separazione di fatto, come precisato da Sez. 1, n. 00969/2017, Acierio, Rv. 643351-01).

La cittadinanza si acquista, infine, per naturalizzazione, ovvero per concessione dell'Autorità a seguito di un prolungata residenza sul territorio nazionale (art. 9 l. n.91 del 1991). E' prevista, inoltre, la revoca della cittadinanza, legata alla revoca dell'adozione (art. 3 l. n. 91 del 1991) del minore straniero da parte di cittadino italiano per fatto dell'adottato. In questo caso, onde contenere il fenomeno dell'apolidia in conformità della Convenzione relativa allo *status* degli apolidi del 1954 e della Convenzione ONU sulla riduzione dell'apolidia del 1961, laddove l'adozione sia revocata per fatto dell'adottato, anche la cittadinanza italiana acquisita dallo straniero come conseguenza dell'adozione ne verrà travolta, sempre, però, che l'adottato sia in possesso di altra cittadinanza o la riacquisti.

Il congegno di questa disposizione vuole fare intendere che la cittadinanza, come in tal caso, si perde solo se se ne possenga un'altra o la si possa riacquistare perché l'ordinamento interno sulla cittadinanza si basa sul principio secondo il quale l'apolidia può essere solo originaria e mai derivata. Viceversa, la nuova disciplina di cui al novellato art. 10 *bis* della l. n. 91 del 1992, come modificata dal d.l. 113 del 2018, conv. dalla l. n. 132 del 2018 prevede una nuova ipotesi di revoca della cittadinanza italiana acquisita dallo straniero per matrimonio, naturalizzazione o a seguito di dichiarazione di elezione al diciottesimo anno di età, per coloro che abbiano riportato una condanna definitiva per alcuni reati in materia di terrorismo ed eversione dell'ordinamento costituzionale, (verosimilmente ispirandosi al fenomeno della lotta ai *foreign fighters*).

Detta revoca, da adottarsi entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui sopra, presenta qualche profilo di difficile soluzione. Innanzitutto, sembra emergere una discriminazione tra il cittadino italiano per nascita che, pur rendendosi responsabile degli stessi delitti, non perderebbe, a differenza dello straniero, la cittadinanza, laddove lo straniero che, acquisti, invece, la cittadinanza ad altro titolo, verrebbe a perderla. Inoltre, come già accennato, questa nuova fattispecie di revoca potrebbe generare lo stato di apolidia per coloro che abbiano abdicato al proprio *status civitatis* per acquisire la cittadinanza italiana. Ne conseguirebbe un effetto giuridico che si pone in contrasto con l'art. 8.1 della Convenzione ONU sulla riduzione dei casi di apolidia del 1961, sopra citata, che prescrive il divieto di privazione della cittadinanza ogniqualvolta detta privazione ponga la persona in uno stato di apolidia.

Per quanto attiene alle preclusioni all'acquisto, alla rinuncia, al riacquisto ed alla perdita della cittadinanza si rinvia a quanto diffusamente esposto nella Rassegna del 2018.

PARTE SECONDA

I DIRITTI A CONTENUTO ECONOMICO

(COORDINATA DA GIAN ANDREA CHIESI E STEFANIA BILLI)

CAPITOLO IV

I DIRITTI REALI E IL POSSESSO

(DI GIAN ANDREA CHIESI)

SOMMARIO: 1. Proprietà pubblica. - 1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione. 2. Le servitù pubbliche (o di uso pubblico) - 2.1. (Segue) Le azioni a tutela delle servitù pubbliche - 3. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati. - 3.1. (Segue) Le distanze legali - 4. Le azioni a tutela della proprietà: a) la rivendicazione - 4.1 (Segue) b) la "*negatoria servitutis*" - 4.1.1. (Segue) Le immissioni - 4.2 (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini. - 5. Comunione di diritti reali. - 5.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria - 6. Usufrutto, uso ed abitazione. - 7. Servitù prediali. - 7.1. Profili processuali relativi alla costituzione delle servitù. - 8. Tutela ed effetti del possesso. - 8.1. Profili processuali relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie.

1. Proprietà pubblica.

L'art. 41, comma 1, Cost. chiarisce che la proprietà è privata o pubblica ed alla regolamentazione di quest'ultima sono altresì dedicate numerose previsioni del codice civile; peraltro, neppure la proprietà privata è del tutto scevra da connotazioni latamente pubblicistiche, se si considera che, dal combinato disposto degli art. 42, comma 2, Cost. e 832 c.c., emerge che essa va esercitata in modo da assicurarne la funzione sociale. Il medesimo concetto è espresso, peraltro, dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, ove, nell'ultimo periodo, si chiarisce che "l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale".

Sez. 2, n. 00587/2019, Giannaccari, Rv. 652298-01 limita ai soli rapporti di diritto pubblico, quale presunzione di legittimità del possesso attuale, fondata sulla *vetustas* e, cioè, sul decorso di un tempo talmente lungo che si sia perduta memoria dell'inizio di una determinata situazione di fatto, senza che ci sia memoria del contrario, l'istituto dell'"immemorabile": non più applicabile ai rapporti privatistici, in quanto abrogato dal codice civile del 1865 e non previsto dall'attuale codice civile, esso fonda su una presunzione di corrispondenza dello stato di diritto allo stato di fatto, di modo che, rispetto a quest'ultimo, si presume esistente il titolo legittimo e che, conseguentemente, può ritenersi la legittimità dell'esercizio di diritti il cui acquisto non sarebbe attualmente possibile da parte di coloro che li esercitano.

Perché possa ritenersi realizzata la prova di siffatta situazione occorre, però, che la memoria di tale stato di fatto provenga da soggetti appartenenti ad almeno due generazioni, vale a dire non solo dagli ultracinquantenni della generazione attuale ma anche, secondo il loro ricordo, dai rispettivi genitori.

Individua con precisione i limiti del demanio idrico **Sez. U, n. 19366/2019, Falaschi, Rv. 654683-02**, la quale chiarisce che le sponde o le rive interne dei fiumi e dei torrenti, costituite da quei tratti di terreno sui quali l'acqua scorre fino al limite delle piene normali, rientrano nell'ambito del demanio idrico, a differenza delle sponde e rive esterne che, essendo soggette alle sole piene straordinarie, appartengono ai proprietari dei fondi rivieraschi; del demanio idrico, inoltre, fanno parte - fino al momento in cui l'Amministrazione pubblica manifesti la volontà di sottrarre il bene alla sua tipica funzione, determinando in tal modo la cessazione della demanialità - anche gli immobili che per opera dell'uomo assumano natura di pertinenza e che, pur non essendo permeati dalle acque di piena ordinaria, sono tuttavia inseparabili strutturalmente dall'alveo ed assolvono con continuità una funzione protettiva in caso di piene straordinarie.

Il principio da ultimo affermato con riferimento al demanio idrico consente di affrontare il tema della sdemanializzazione, quale modo di trasferimento di un bene dalla categoria del demanio a quella dei beni patrimoniali: essa può essere - come noto - espressa o tacita e, in tale ultimo caso, ove essa, cioè, avvenga in mancanza delle formalità previste dalla legge, si verifica soltanto in presenza di atti univoci, concludenti e positivi della P.A., tali da presentarsi incompatibili con la volontà conservare al bene la sua destinazione pubblica. Sicché - ha osservato Sez. 2, n. 3742/2007, Bertuzzi, Rv. 596776-01 - la circostanza che il bene da lungo tempo non sia adibito ad uso pubblico, è del tutto insufficiente, *ex se*, a dimostrare l'avvenuta sua sdemanializzazione, non potendo desumersi da una situazione negativa di mera inerzia o tolleranza una volontà di rinuncia univoca e concludente.

Tale orientamento ha trovato applicazione, nel passato, anche in materia di demanio idrico, laddove Sez. U, n. 12062/2014, Petitti. Rv. 630827-01, aveva chiarito che la sdemanializzazione tacita dei beni del demanio idrico non può desumersi dalla sola circostanza che un bene non sia più adibito anche da lungo tempo ad uso pubblico, ma è ravvisabile solo in presenza di atti e fatti che evidenzino in maniera inequivocabile la volontà della P.A. di sottrarre il bene medesimo a detta destinazione e di rinunciare definitivamente al suo ripristino, non potendo desumersi una volontà di rinuncia univoca e concludente da una situazione negativa di mera inerzia o tolleranza.

Sennonché, l'art. 4 della legge 5 gennaio 1994, n. 37 ha sostituito il testo dell'art. 947 cod. civ., espressamente escludendo, per il futuro, la possibilità di una sdemanializzazione tacita dei beni appartenenti al demanio idrico.

Ne consegue il principio affermato da **Sez. 6-2, n. 26655/2019, Grasso Giu., Rv. 655751-01** che, con precipuo riferimento al demanio marittimo, chiarisce che, a differenza di quanto previsto per il demanio in genere dall'art. 829 c.c., secondo cui il passaggio di un bene dal demanio pubblico al patrimonio ha natura dichiarativa e può avvenire anche tacitamente, per i beni appartenenti al demanio marittimo (tra i quali si includono la spiaggia e l'arenile), la sdemanializzazione non può realizzarsi in forma tacita, ma necessita, ai sensi dell'art. 35 cod. nav., dell'adozione di un decreto ministeriale, avente carattere costitutivo, il quale segue alla verifica, in concreto, della non utilizzabilità delle zone "per pubblici usi del mare"; tale diversità disciplinare, peraltro, è stata ritenuta non contrastante coi principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 42 Cost., stante, rispettivamente, la non sovrapponibilità degli interessi tutelati dai due istituti e la priorità della salvaguardia della proprietà pubblica rispetto alla privata. La pronunzia si pone in perfetta linea evolutiva con le recenti Sez. 2, n. 10489/2018, Grasso Giu., Rv. 648239-01 (la quale aveva già chiarito che la natura demaniale dell'arenile - ovvero del tratto di terraferma che residua al naturale ritirarsi delle acque, restando idoneo ai pubblici usi del mare, anche se in via soltanto potenziale e non attuale - deriva dalla corrispondenza con uno dei beni normativamente definiti negli artt. 822 c.c. e 28 cod. nav. e permane anche qualora una parte di esso sia stata utilizzata per realizzare una strada pubblica, non implicando tale evento la sua sdemanializzazione, così come l'esercizio di un potere di fatto da parte di un privato che vi abbia realizzato abusivamente opere e manufatti, non fa venir meno l'attitudine del bene a realizzare i pubblici usi del mare) e **Sez. 2, n. 04839/2019, Scalisi, Rv. 652758-01**, alla cui stregua, ai sensi dell'art. 35 cod. nav., la sdemanializzazione dei beni del demanio marittimo non può avvenire *per facta concludentia*, ma solo per legge o mediante l'adozione, ad opera dell'autorità competente, di un formale provvedimento che ha efficacia costitutiva, essendo basato su una valutazione tecnico-discrezionale in ordine ai caratteri naturali dell'area ed alle esigenze locali, finalizzata a verificare la sopravvenuta mancanza di attitudine di determinate zone a servire agli usi pubblici del mare, non rilevando il possesso del bene da parte del privato, improduttivo di effetti ed inidoneo all'acquisto della proprietà per usucapione, né il non uso dell'ente proprietario, con la conseguenza che l'accertamento giudiziale della non ricorrenza dei presupposti fattuali di appartenenza di un bene al suddetto demanio è del tutto privo di utilità.

1.2. Azioni a tutela della proprietà pubblica e della relativa destinazione.

Sul versante processuale, molteplici sono state le decisioni che hanno affrontato, sotto vari angoli prospettici, il tema del riparto di giurisdizione in ipotesi di azioni a tutela di beni pubblici.

Anzitutto, **Sez. U, n. 22575/2019, Scarano, Rv. 655112-02**, che devolve alla giurisdizione del giudice ordinario - siccome avente ad oggetto diritti soggettivi - la controversia instaurata da un privato che, contestando la natura demaniale di un'area da lui occupata, impugni l'ordinanza con la quale gli sia stato ingiunto di porre termine all'occupazione stessa, in quanto in tale ipotesi la parte chiede una pronuncia sulla proprietà, pubblica o privata, di quel suolo, e la domanda proposta ha ad oggetto non già l'annullamento del provvedimento amministrativo, bensì la contestazione dell'esistenza del potere amministrativo esercitato.

Quindi, merita di essere segnalata **Sez. U, n. 13664/2019, Cirillo, Rv. 654030-01**, la quale chiarisce che spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine alla domanda di licenza per finita locazione di un'area appartenente a un Comune, concessa in godimento per lo svolgimento dell'attività di distribuzione di carburanti in forza di un contratto che, per il *nomen iuris* scelto dalle parti e per il suo contenuto, sia riconducibile allo schema del contratto di locazione ad uso commerciale, atteso che, affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c. e la sua concessione in godimento possa essere qualificata come concessione-contratto, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, deve sussistere il doppio requisito (soggettivo e oggettivo) della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico e dell'effettiva e attuale destinazione del bene al pubblico servizio: requisiti, nel caso esaminato dalla Corte, mancanti, in quanto la conclusione di un contratto privatistico evidenziava l'assenza di volontà autoritativa del Comune, e l'attività di distribuzione di carburanti, in precedenza soggetta a concessione prefettizia, era divenuta, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. n. 32 del 1998, un'attività liberamente esercitabile sulla base di una semplice autorizzazione comunale, anche su suoli di proprietà privata. Per ulteriori approfondimenti in tema, si rinvia al Vol. II, Capitolo II, Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

In tema di usi civici, infine, **Sez. 2, n. 04847/2019, Casadonte, Rv. 652630-01** precisa che l'ordine di reintegra dei terreni riconosciuti appartenenti al demanio civico e la sua revoca rientrano nelle prerogative in materia di usi civici assegnate ai Commissari regionali, al fine di assicurare l'effettività della funzione giurisdizionale agli stessi riconosciuta dall'art. 27, comma 1, e dall'art. 29, comma 4, della l. 16 giugno 1927, n. 1766.

2. Le servitù pubbliche (o di uso pubblico).

L'istituto della "servitù" trova pacificamente applicazione anche nel campo del diritto "pubblico", sebbene l'esatta identificazione del significato e la delimitazione

del contenuto della locuzione "servitù pubbliche" appaiono ancora oggi tutt'altro che univoche, con precipuo riferimento (a) ai relativi elementi costitutivi, (b) all'eventuale autonomia concettuale rispetto all'omologo istituto disciplinato dal codice civile e (c) alle linee di demarcazione dalle fattispecie di cd. "limitazione amministrativa della proprietà". L'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale è comunque giunta alla conclusione per cui le "servitù pubbliche" (o "servitù d'uso pubblico") possono essere qualificate in termini di vincoli *lato sensu* pubblicistici alla (condizione giuridica della) proprietà privata o pubblica, caratterizzati da un'intensa funzionalizzazione alla tutela di interessi pubblici o collettivi (cfr. anche l'art. 825 c.c.), immanente alle differenti matrici e giustificazioni teoriche della demanialità (o della immutabilità di destinazione propria del concetto di patrimonio indisponibile), nonché a situazioni di vantaggio su beni privati aventi caratteristiche oggettive assimilabili a quella dei beni pubblici riconosciute in favore di comunità di cittadini o utenti.

Così **Sez. 5, n. 24264/2019, Cavallari, Rv. 655154-01** chiarisce che i diritti di uso pubblico costituiscono diritti collettivi indisponibili ed imprescrittibili imputati ad una comunità di abitanti, ovvero ad un gruppo di persone legate tra loro da un vincolo, che hanno ad oggetto beni immobili (e, talvolta, mobili) appartenenti a soggetti, sia pubblici che privati, terzi rispetto alla medesima collettività, e che consistono nel godimento di determinate *utilitates* limitate all'*uti* e non estese al *frui*.

Per ciò che concerne i relativi modi di costituzione, essi vengono comunemente ravvisati - non dissimilmente rispetto a quanto avviene relativamente alle servitù coattive di diritto privato - nella legge, negli atti amministrativi ablatori, nell'esistenza di una convenzione tra le parti, nell'usucapione e nella sentenza.

Diversamente dalle servitù di diritto privato, però, i diritti sottoposti al regime di cui all'art. 825 c.c. non devono essere trascritti poiché - come osserva **Sez. 2, n. 15032/2019, Fortunato, Rv. 654192-01** - sono opponibili alla generalità degli interessati a prescindere dall'osservanza delle forme di pubblicità, stante il loro carattere demaniale. Peraltro, **Sez. 2, n. 15931/2019, Tedesco, Rv. 654085-02** chiarisce che il convenuto in un'azione negatoria di servitù di passaggio, che eccepisca il proprio diritto di passare sul fondo dell'attore (per avere usucapito la servitù o) per l'esistenza di una servitù di uso pubblico ovvero, ancora, sostenendo la demanialità dell'area su cui intende esercitare il passaggio, dà luogo ad una semplice eccezione (a meno che non tenda ad ottenere, sul suo preteso diritto, non già una semplice pronuncia incidentale, intesa solo a paralizzare la pretesa attrice, ma una pronuncia principale con valore di giudicato), come tale proponibile per la prima volta in appello ai sensi dell'art 345, comma 2, c.p.c..

Non dissimili - rispetto alle servitù coattive di diritto privato - sono, inoltre, le cause di estinzione: sicché ove la servitù pubblica sia stata costituita su base

convenzionale, è anzitutto nel regolamento contrattuale che vanno ricercate le fonti di eventuali cause di cessazione della medesima (ad es.: fissazione di un termine); ove, al contrario, all'origine del vincolo reale vi sia un provvedimento amministrativo, l'eventuale sopravvenienza di ragioni d'interesse pubblico incompatibili con la permanenza del vincolo potrebbe costituire il presupposto per l'esercizio di poteri di autotutela amministrativa (come nel caso di revoca del provvedimento impositivo del vincolo).

La funzionalizzazione al soddisfacimento di interessi collettivi preclude, però, che il semplice mancato uso del fondo servente possa condurre alla cessazione del diritto: ribadisce tale principio **Sez. 1, n. 03788/2019, Sambito, Rv. 652424-01**, per la quale l'estinzione della servitù di uso pubblico non può derivare dal mero non uso, esigendo che l'ente territoriale, quale soggetto esponenziale della collettività dei cittadini, esprima una volontà in tal senso, o mediante l'adozione di un provvedimento che riconosca cessati l'uso e l'interesse pubblico a servirsi di un determinato bene, o attraverso un comportamento concludente, consistente nell'omesso esercizio del diritto-dovere di tutela rispetto ad atti usurpativi o impeditivi posti in essere dal privato.

Sotto il profilo fiscale, infine, **Sez. 5, n. 13795/2019, Mondini, Rv. 654070-01** e **Sez. 5, n. 24264/2019, Cavallari, Rv. 655154-02** precisano che, nell'ipotesi di immobile gravato da servitù di uso pubblico, l'ICI è dovuta dal proprietario, poiché lo stesso mantiene sul bene i poteri propri del *dominus*, trattandosi di un diritto *sui generis* ed atipico spettante ad una collettività, tendenzialmente imprescrittibile, volto a soddisfare un interesse generale di questa mediante il godimento di alcune, specifiche, *utilitates* che non escludono per il proprietario la possibilità di godere pienamente del bene in tutti gli altri modi e, persino, di utilizzare lo stesso come membro del gruppo.

2.1. (Segue) Le azioni a tutela delle servitù pubbliche.

Si occupa del profilo relativo alla legittimazione ad agire o a resistere in giudizio a tutela di una servitù di uso pubblico **Sez. 2, n. 15931/2019, Tedesco, Rv. 654085-01**, la quale, muovendo dal presupposto che tale servitù è caratterizzata dall'utilizzazione, da parte di una collettività indeterminata di persone, di un bene idoneo al soddisfacimento di un interesse collettivo, individua nell'ente territoriale - normalmente il Comune - che rappresenta la collettività ed in ciascun cittadino appartenente alla collettività medesima, *uti singulus*, il soggetto titolare della legittimazione processuale attiva come passiva.

3. Conformità urbanistiche degli immobili e diritti privati.

La tematica delle conformità urbanistiche ha rappresentato fertile terreno di indagine da parte della giurisprudenza di legittimità.

Va anzitutto chiarito che, in tale ambito, la distinzione fra "vincoli conformativi" e "vincoli espropriativi" (comprensivi di quelli "preordinati all'esproprio" e di quelli "sostanzialmente espropriativi", secondo la formula dell'art. 39, comma 1, del d.P.R. n. 327 del 2001) origina dalla sentenza n. 55 del 1968 della Corte costituzionale ed ha ricevuto una più precisa definizione nella successiva sentenza n. 179 del 1999 del giudice delle leggi: in via di prima approssimazione il *discrimen* sembrerebbe riposare sul binomio determinatezza/generalità, nel senso che i vincoli espropriativi sono a titolo particolare su beni determinati, mentre quelli conformativi attengono alla generalità o a categorie, determinate anche "per zone territoriali" oppure, ma sempre in via generale, in rapporto a beni o a interessi della pubblica amministrazione (in altri termini, come indicato nella sentenza n. 6 del 1966 della Corte Costituzionale, hanno un carattere "generale e obiettivo"). La distinzione, peraltro, interessa il giudice civile (e quello amministrativo) sotto diversi profili.

Così, **Sez. 2, n. 20188/2019, Giannaccari, Rv. 654979-01** spiega che in tema di distanze fra costruzioni nei rapporti fra privati, la deroga alla disciplina stabilita dalla normativa statale, realizzata dagli strumenti urbanistici regionali, anche da parte delle Regioni a Statuto speciale, deve ritenersi legittima quando faccia riferimento a una pluralità di fabbricati ("gruppi di edifici") che siano oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche che evidenzino una capacità progettuale tale da definire i rapporti spazio-dimensionali e architettonici delle varie costruzioni, considerate come fossero un edificio unitario, e siano finalizzate a conformare un assetto complessivo di determinate zone, poiché la legittimità di tale deroga è strettamente connessa al governo del territorio e non, invece, ai rapporti fra edifici confinanti isolatamente intesi.

Ma la distinzione rileva anche in relazione alla determinazione dell'indennità di espropriazione la cui stima, relativamente alle aree prive di pianificazione urbanistica, non può risolversi in un mero esercizio qualificatorio dell'astratta natura dell'area, ma deve corrispondere all'effettivo valore di mercato di questa secondo le sue caratteristiche concrete espresse in termini monetari, desunte da taluni fatti-indice obiettivi quali, tra gli altri, la vicinanza al centro abitato, lo sviluppo edilizio raggiunto dalle zone adiacenti, l'esistenza di servizi pubblici essenziali, la presenza di opere di urbanizzazione primaria, il collegamento con i centri urbani già organizzati; sicché, osserva **Sez. 1, n. 10502/2019, Lamorgese, Rv. 653879-01**, in detta situazione, trova applicazione il criterio – suppletivo in carenza di strumenti

urbanistici e complementare agli effetti della determinazione del concreto valore dell'area – dell'edificabilità di fatto, dovendo darsi rilievo all'attività edilizia legittimamente realizzabile in assenza di pianificazione urbanistica, a quella libera ed a quella consentita previo rilascio del permesso di costruire.

Nel medesimo solco si muove **Sez. 6-1, n. 03168/2019, Sambito, Rv. 652677-01**, per la quale l'indennità di espropriazione va determinata in relazione al valore venale distinguendo tra suoli edificabili e non edificabili in ragione del criterio dell'edificabilità legale, escluse le possibilità legali di edificazione qualora lo strumento urbanistico dell'epoca in cui deve compiersi la ricognizione legale abbia concretamente vincolato la zona ad un utilizzo meramente pubblicistico (verde pubblico, attrezzature pubbliche, viabilità, ecc.); sicché, rientrando nella nozione tecnica di edificazione l'edilizia privata esprimibile dal proprietario dell'area secondo il regime autorizzatorio previsto dalla vigente legislazione, ai fini indennitari deve tenersi conto delle possibilità di utilizzazione intermedia tra l'agricola e l'edificatoria (parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative, chioschi per la vendita di prodotti, ecc.), sempre che siano assentite dalla normativa vigente, sia pure con il conseguimento delle opportune autorizzazioni amministrative.

Si occupa di conformazione ai limiti di edificabilità e di rilevanza, in tale contesto, della situazione di fatto esistente, **Sez. 1, n. 17115/2019, Marulli, Rv. 654420-01** la quale precisa che, nonostante la primazia del criterio dell'edificabilità legale imponga di considerare l'attitudine allo sfruttamento edilizio alla stregua della disciplina urbanistica vigente, l'edificabilità di fatto può costituire criterio integrativo necessario alla verifica della concreta realizzazione di costruzioni e alla quantificazione delle potenzialità di utilizzo del suolo al momento in cui si compie la vicenda ablativa, cosicché va esclusa l'edificabilità di un suolo quando le dimensioni dell'area sono insufficienti per edificare, per l'esaurimento degli indici di fabbricabilità della zona, per la distanza dalle opere pubbliche o per i vincoli legislativi urbanistici: ne consegue la necessità di tenere conto anche di tale specifico indice regolatore, quale criterio cui rapportare l'indennità dovuta all'effettivo pregiudizio patito, in funzione del principio del giusto ristoro ma anche dell'esigenza di non favorire un'indebita locupletazione, tenuto conto che la potenzialità edificatoria va da un minimo (tendente a zero) ad un massimo, con una gamma di situazioni intermedie su cui incide in misura determinante l'edificabilità effettiva, quale attitudine del suolo ad essere sfruttato e concretamente destinato a fini edificatori (in base a vari fattori: centralità, ubicazione, consistenza, vicinanza a strutture pubbliche, volumetria, ecc.).

Chiarisce, infine, **Sez. 5, n. 23206/2019, D'Ovidio, Rv. 655138-01** che, in tema di ICI, per le aree ricomprese nel piano regolatore generale, l'edificabilità, sebbene non esclusa da vincoli specifici, che possono incidere unicamente sul valore venale

delle stesse in ragione delle concrete potenzialità edificatorie, non sussiste, invece, in presenza di vincoli assoluti, ancorché posti da strumenti regionali di pianificazione paesaggistica ed ambientale, i quali prevalgono sulla pianificazione urbanistica comunale.

3.1. (Segue) Le distanze legali.

Nell'ambito delle limitazioni legali al diritto di proprietà dettate dai rapporti di vicinato rilievo preminente assume la disciplina delle distanze tra costruzioni (artt. 873 ss. c.c.), le cui prescrizioni hanno carattere preventivo e trovano applicazione indipendentemente dall'esistenza di un danno: si tratta di reciproci presupposti di convenienza e sviluppo, non inquadrabili nel concetto di servitù, benché tutelabili per il tramite dell'*actio negatoria*, imprescrittibili (ma suscettibili di cedere di fronte a chi abbia acquisito, anche per il mezzo dell'usucapione, una servitù) e non onerosi.

La disamina dei molteplici arresti con cui la Corte, nel corso del 2019, si è soffermata sulla disciplina delle distanze tra costruzioni, consente di suddividere la materia tra (a) decisioni che si sono occupate, perimetrandolo, dell'ambito di applicabilità della normativa in questione, (b) pronunzie che si sono interessate dell'applicazione, in concreto, della normativa sulle distanze tra costruzioni e (c) decisioni che hanno indugiato sulle modalità applicative del criterio della prevenzione.

Preliminarmente, però, va chiarito come - ancora una volta - la nozione stessa di "costruzione", rilevante ai fini dell'applicabilità della normativa in tema di distanze, abbia formato oggetto di indagine ad opera della Corte: così **Sez. 2, n. 14710/2019, Scarpa, Rv. 654187-01** ha escluso che il muro di contenimento di una scarpata o di un terrapieno naturale possa considerarsi "costruzione", agli effetti della disciplina di cui all'art. 873 c.c., per la parte che adempie alla sua specifica funzione e, quindi, dalle fondamenta al livello del fondo superiore, qualunque sia l'altezza della parete naturale o della scarpata o del terrapieno cui aderisce, impedendone lo smottamento, contestualmente chiarendo, però, che la parte del muro che si innalza oltre il piano del fondo sovrastante, in quanto priva della funzione di conservazione dello stato dei luoghi, soggiace alla disciplina giuridica propria delle sue oggettive caratteristiche di costruzione in senso tecnico giuridico. Più in generale, però: 1) **Sez. 2, n. 05145/2019, Dongiacomo, Rv. 652632-01** ha ricondotto alla nozione di "costruzione", ai sensi dell'art. 873 c.c., anche un manufatto che, seppure privo di pareti, realizzi una determinata volumetria ed abbia i caratteri della stabilità, della consistenza e dell'immobilizzazione al suolo (nel caso sottoposto al proprio vaglio, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva qualificato come costruzione una tettoia aperta su un lato e saldamente fissata con

la copertura al muro di confine, i cui montanti, pur essendo dei cavalletti mobili, erano cementati al suolo); 2) **Sez. 2, n. 21173/2019, Criscuolo, Rv. 655195-01**, affrontando il tema del riparto degli oneri probatori in caso di invocata applicazione del principio della prevenzione, ribadisce che deve ritenersi "costruzione" qualsiasi opera non completamente interrata avente i caratteri della solidità, stabilità ed immobilizzazione rispetto al suolo, anche mediante appoggio o incorporazione o collegamento fisso ad un corpo di fabbrica contestualmente realizzato o preesistente, e ciò indipendentemente dal livello di posa ed elevazione dell'opera stessa, dai suoi caratteri e dalla sua destinazione, potendosi tuttavia fare riferimento anche all'attività di scavo e di posa in opera delle fondazioni, che consentano però di rilevare in maniera univoca quale sia la sagoma dell'edificio in funzione del quale le medesime sono svolte. Conseguentemente, peraltro, a tale granitica impostazione, che, in tema di calcolo delle distanze legali, non deve tenersi conto delle fondamenta del fabbricato poiché, per definizione, totalmente interrate e, perciò - secondo quanto chiarito da **Sez. 2, n. 05607/2019, Oliva, Rv. 652766-01** - irrilevanti.

Passando, quindi, alla disamina del primo gruppo di decisioni (quelle, cioè, delimitative dell'ambito di applicabilità della disciplina in esame), va anzitutto chiarito che le norme relative alle distanze tra costruzioni previste dall'art. 873 c.c. e dai regolamenti locali devono essere tenute distinte dalle regole di edilizia contenute in leggi speciali e nei regolamenti comunali (artt. 871 e 872 c.c.) poiché - osserva **Sez. 2, n. 05605/2019, Tedesco, Rv. 652764-01** - in caso di loro violazione, esclusivamente le prime, che incidono sui rapporti di vicinato, consentono al privato l'esercizio delle azioni di riduzione in pristino e di risarcimento del danno, mentre le seconde, essendo dirette al soddisfacimento di interessi di ordine generale, ne limitano la tutela alla sola azione risarcitoria: pertanto, da un lato, la regolarità urbanistica del fabbricato non rileva ai fini della proposizione dell'azione ripristinatoria atteso che, in ipotesi di mancato rispetto delle distanze, il provvedimento autorizzatorio può essere disapplicato dal giudice ordinario, previo accertamento incidentale della sua illegittimità; dall'altro, se le distanze sono state osservate, il vicino non ha diritto di chiedere la riduzione in pristino anche se l'immobile è abusivo. Sostanzialmente del medesimo tenore **Sez. 2, n. 05142/2019, Guido, Rv. 652699-01**, per cui sono da ritenere integrative del codice civile (con conseguente riconoscimento, in favore del danneggiato dalla relativa violazione, alla riduzione in pristino), le disposizioni dei regolamenti edilizi locali relative alla determinazione della distanza tra i fabbricati in rapporto all'altezza e che regolano, con qualsiasi criterio o modalità, la misura dello spazio che deve essere osservato tra le costruzioni, mentre le norme che, avendo come scopo principale la tutela d'interessi generali urbanistici, disciplinano solo l'altezza in sé degli edifici, senza nessuna relazione con le distanze intercorrenti tra gli stessi, proteggono, nell'ambito

degli interessi privati, esclusivamente il valore economico della proprietà dei vicini, con conseguente riconoscimento, in caso di loro violazione della sola tutela risarcitoria.

Sez. 6-2, n. 24759/2019, Cosentino, Rv. 655285-01 osserva, poi, che il regime legale delle distanze delle costruzioni dalle vedute, prescritto dall'art. 907 c.c., non è applicabile, stante il disposto dell'art. 879, comma 2, c.c. - per il quale "alle costruzioni che si fanno in confine con le piazze o le vie pubbliche non si applicano le norme relative alle distanze" - non solo quando la strada o la piazza pubblica si frappongano tra gli edifici interessati, ma anche nel caso in cui le stesse delimitino ad angolo retto, da un lato, il fondo dal quale si gode la veduta, e, dall'altro, il fondo sul quale si esegue la costruzione.

Avuto peculiare riguardo, infine, alla tematica dei rapporti esistenti tra disciplina delle distanze e condominio, posto il principio generale che regola la materia, espresso, tra le altre, da Sez. 2, n. 01989/2016, Orilia, Rv. 638774-01 ed in virtù del quale le norme che regolano i rapporti di vicinato trovano applicazione, rispetto alle singole unità immobiliari, solo in quanto compatibili con la concreta struttura dell'edificio e con la natura dei diritti e delle facoltà dei condomini, sicché il giudice deve accertare se la rigorosa osservanza di dette disposizioni non sia irragionevole, considerando che la coesistenza di più appartamenti in un unico edificio implica di per sé il contemperamento dei vari interessi al fine dell'ordinato svolgersi della convivenza tra i condomini, la recente **Sez. 2, n. 17549/2019, Casadonte, Rv. 654342-01**, ha ribadito che la disposizione dell'art. 889 c.c. relativa alle distanze da rispettare per pozzi, cisterne, fossi e tubi è applicabile anche con riguardo agli edifici in condominio, salvo che si tratti di impianti da considerarsi indispensabili ai fini di una completa e reale utilizzazione dell'immobile, tale da essere adeguata all'evoluzione delle esigenze generali dei cittadini nel campo abitativo e alle moderne concezioni in tema di igiene.

Relativamente alle decisioni che, invece, si sono interessate dell'applicazione, in concreto, delle normative sulle distanze tra costruzioni, meritano di essere segnalate: 1) **Sez. 2, n. 14084/2019, Cosentino, Rv. 654182-01**, per cui l'art. 873 c.c. trova applicazione anche quando, a causa del dislivello tra i fondi, la costruzione edificata nell'area meno elevata non raggiunga il livello di quella superiore, in quanto la necessità del rispetto delle distanze legali non viene meno in assenza del pericolo del formarsi d'intercapedini dannose; 2) **Sez. 2, n. 09398/2019, Criscuolo, Rv. 653488-01**, la quale ha chiarito che chi esegue opere per estrarre acque dal sottosuolo, oltre a rispettare la distanza di cui all'art. 889 c.c., deve osservare anche l'art. 911 c.c., diretto a tutelare il proprietario del fondo che già usi delle acque (non pubbliche) di falda, accordando protezione all'utilizzazione cronologicamente prioritaria che questi ne abbia fatto, mediante il divieto, imposto al proprietario del

fondo vicino, di eseguire opere che determinino l'emungimento o la recisione della vena acquifera oggetto dello sfruttamento già in atto (con la conseguenza che ne discende per cui l'opera del vicino può essere consentita solo allorché, pur insistendo sulla stessa vena, non rechi nocumento al precedente utente, ossia in quanto, per l'abbondanza dell'acqua di falda rispetto all'utilizzazione fattane dal medesimo, non arrechi pericolo di limitarla o di comprometterla); 3) **Sez. 2, n. 04833/2019, Fortunato, Rv. 652694-01** che, affrontando il tema della intersezione tra disciplina privatistica e pubblicistica in materia di distanze minime tra costruzioni, ha osservato che la rilevanza giuridica della licenza o concessione edilizia si esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra P.A. e privato, senza estendersi a quelli tra privati, con la conseguenza che il conflitto tra proprietari interessati, in senso opposto, alla costruzione deve essere risolto in base al diretto raffronto tra le caratteristiche oggettive dell'opera e le norme edilizie che disciplinano le distanze legali, tra le quali non possono comprendersi anche quelle concernenti la licenza e la concessione edilizia, perché queste riguardano solo l'aspetto formale dell'attività edificatoria; pertanto, così come è irrilevante la mancanza di licenza o concessione edilizia, allorquando l'opera risponda oggettivamente a tutte le prescrizioni del codice civile e delle norme speciali e non leda alcun diritto del vicino, allo stesso modo, l'aver eseguito la costruzione in conformità dell'ottenuta licenza o concessione, non esclude, di per sé, la violazione di dette prescrizioni e, quindi, il diritto del vicino, a seconda dei casi, alla riduzione in pristino o al risarcimento dei danni.

Con riferimento, infine, all'applicazione del criterio della prevenzione, si tratta del gruppo di pronunzie di maggiore impatto nella giurisprudenza di legittimità dell'anno appena trascorso in tema di distanze legali.

Detto principio - osserva **Sez. 2, n. 05146/2019, Fortunato, Rv. 652701-01** - è escluso solo in presenza di una norma del regolamento edilizio comunale che prescriva una distanza tra fabbricati con riguardo al confine, con lo scopo di ripartire equamente tra i proprietari confinanti l'obbligo di salvaguardare una zona di distacco tra le costruzioni mentre, in assenza di una siffatta previsione, il principio della prevenzione non può che trovare applicazione, potendo il prevenuto costruire in aderenza alla fabbrica realizzata per prima, se questa sia stata posta sul confine o a distanza inferiore alla metà del prescritto distacco tra fabbricati. Tale criterio - precisa **Sez. 2, n. 04848/2019, Casadonte, Rv. 652583-01** - permea di sé anche l'interpretazione dell'art. 9, n. 2, del d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, che non impone di rispettare in ogni caso una distanza minima dal confine ma, al contrario, va interpretato nel senso che tra una parete finestrata e l'edificio antistante va mantenuta la distanza di mt. 10, con obbligo del prevenuto di arretrare la propria costruzione fino ad una distanza di mt. 5 dal confine, se il preveniente, nel realizzare

tale parete finestrata, abbia a sua volta osservato una distanza di almeno mt. 5 dal confine; ove, invece, il preveniente abbia posto una parete finestrata ad una distanza inferiore a detto limite, il vicino non sarà tenuto ad arretrare la propria costruzione fino alla distanza di mt. 10 dalla parete stessa, ma potrà imporre al preveniente di chiudere le aperture e costruire (con parete non finestrata) rispettando la metà della distanza legale dal confine, ed eventualmente procedere all'interpello di cui all'art. 875, comma 2, c.c., qualora ne ricorrano i presupposti.

Venendo all'esame della casistica concreta affrontata dalla Corte, si è posto anzitutto il tema del rapporto tra criterio della prevenzione e previsioni contenute negli strumenti locali: a) **Sez. 2, n. 22447/2019, Grasso Giu., Rv. 655236-01** ha osservato che il principio in esame si applica anche nell'ipotesi in cui il regolamento edilizio locale preveda una distanza tra fabbricati maggiore di quella *ex art.* 873 c.c. e tuttavia non imponga una distanza minima delle costruzioni dal confine, atteso che la portata integrativa della disposizione regolamentare si estende all'intero impianto codicistico, inclusivo del meccanismo della prevenzione, sicché il preveniente conserva la facoltà di costruire sul confine o a distanza dal confine inferiore alla metà di quella prescritta tra le costruzioni e il prevenuto la facoltà di costruire in appoggio o in aderenza ai sensi degli artt. 874, 875 e 877 c.c.; b) *adde* **Sez. 2, n. 14705/2019, Cosentino, Rv. 654186-01**, la quale ha evidenziato che il criterio della prevenzione opera anche quando il regolamento locale preveda una distanza minima delle costruzioni dai confini, purché tale regolamento consenta di costruire in aderenza o in appoggio.

Quindi, la Corte ha chiarito le condizioni di applicabilità del principio in questione avuto riguardo alla sopraelevazione di un edificio preesistente la quale, come noto, determinando un incremento della volumetria del fabbricato medesimo, è qualificabile come nuova costruzione (così anche **Sez. 2, n. 74/2011, Bucciante, Rv. 615695-01**): orbene, confermando il costante orientamento di legittimità, **Sez. 2, n. 14705/2019, Cosentino, Rv. 654186-02** afferma che il criterio della prevenzione va applicato avendo riguardo all'epoca della sopraelevazione e non a quella della realizzazione della costruzione originaria.

Quanto, infine, all'onere della prova gravante sulle parti, **Sez. 2, n. 21173/2019, Criscuolo, Rv. 655195-01**, cit. precisa che incombe su colui che chiede l'arretramento del fabbricato altrui, sul presupposto della preesistenza della propria costruzione, l'onere di dimostrare di avere costruito per primo.

4. Le azioni a tutela della proprietà: a) la rivendicazione.

Le azioni riconosciute al proprietario a tutela del proprio diritto sono quattro (rivendicazione, *negatoria servitutis*, regolamento di confini ed apposizione di termini)

e ad esse si aggiungono le due azioni di nunciazione (denuncia di nuova opera e di danno temuto) su cui si avrà modo di tornare più avanti.

La fondamentale azione di rivendicazione ha lo scopo di far conseguire al proprietario il possesso definitivo della cosa, con ogni suo incremento ed è, pertanto, esercitata da chi sia proprietario, ma non nel possesso della *res*: ne consegue - chiarisce **Sez. 2, n. 06007/2019, Giannaccari, Rv. 652931-02**, che laddove il bene, già prima della proposizione della domanda, sia venuto a mancare per distruzione, per alienazione ad altro soggetto o per altra causa, l'azione esperibile sarà soltanto quella personale o di risarcimento dei danni diretta a conseguire il valore pecuniario della cosa.

Caratteristica peculiare della *rei vindicatio* - al di fuori di tale istituto, infatti, la proprietà può essere dimostrata, come tutti i fatti, anche con presunzioni e, quindi, pure attraverso il ricorso alle risultanze catastali (così **Sez. 2, n. 07567/2019, Dongiacomo, Rv. 653289-01**) - è la prova particolarmente rigorosa richiesta all'attore (cd. *probatio diabolica*), dovendo questi risalire ad un titolo originario di acquisto della proprietà, normalmente coincidente con l'usucapione; senonché, chi, nel richiedere la restituzione di un'area rivendicata, non dimostri di esserne proprietario per l'intero, ma solo in parte, non può vedersi rigettare l'istanza solo per avere richiesto più di quanto consentitogli dall'oggetto del suo diritto di proprietà, avendo comunque diritto, come precisato da **Sez. 6-2, n. 20671/2019, Sabato, Rv. 654993-01**, di vedere accolta la sua domanda nei limiti della prova raggiunta.

4.1. (Segue) b) la *negatoria servitutis*.

L'azione negatoria ha, invece, lo scopo di tutelare la pienezza del diritto di proprietà sulla cosa, con libertà da pesi o servitù pretesi da altri sulla stessa: l'azione trova ingresso allorché alle molestie provenienti dal terzo corrisponda la pretesa esistenza di un diritto, senza che sia controversa la titolarità del fondo asseritamente servente.

In tale prospettiva **Sez. 2, n. 08694/2019, Carrato, Rv. 653164-01** evidenzia che l'azione con la quale l'attore, sostenendo di essere proprietario di un immobile, neghi che il convenuto sia titolare di un diritto di passaggio sul medesimo, limitandosi quest'ultimo ad opporre di essere comproprietario del bene stesso, va qualificata come *negatoria servitutis*, poiché la proprietà dell'attore non è oggetto di controversia, che è limitata ai soli diritti vantati sulla cosa del convenuto: pertanto, mentre il detto attore adempie il suo onere probatorio esibendo il suo titolo d'acquisto, incombe alla controparte dimostrare i fatti costitutivi del suo preteso diritto di comproprietà sul bene.

Sul fronte delle conseguenze derivanti dal fruttuoso esperimento di un'*actio negatoria servitutis*, **Sez. 2, n. 26627/2019, Picaroni, Rv. 655653-01**, evidenzia che l'acquirente del fondo preteso dominante, quando lo stato di fatto lesivo a danno di terzi preesisteva alla vendita, è tutelato dalle azioni previste dagli artt. 1484 e 1489 c.c., che costituiscono entrambe rimedi allo squilibrio del sinallagma funzionale del contratto di compravendita, per cui al prezzo corrisponde una cosa inferiore o per quantità o per qualità a quella venduta. Per un approfondimento sul regime delle tutele in materia di compravendita immobiliare, si rinvia al Vol. I, parte terza, Capitolo IX, par. n. 13.4, La vendita.

Dal punto di vista squisitamente processuale, poi: a) **Sez. 2, n. 20040/2019, Sabato, Rv. 654976-01** osserva che, nell'ipotesi di comunione impropria sul fondo interessato, caratterizzata dalla coesistenza di diritti non omogenei, nuda proprietà e usufrutto, allorquando l'azione confessoria negatoria a tutela del fondo gravato dall'usufrutto sia promossa dal (o contro il) nudo proprietario, non è necessaria la partecipazione al giudizio dell'usufruttuario del fondo passivamente o attivamente gravato dalla servitù, non sussistendo i presupposti per l'applicazione analogica dell'art. 1012, comma 2, c.c.; l'onere di chiamare in giudizio il nudo proprietario, posto dall'art. 1012 c.c. a carico dell'usufruttuario che intenda esercitare l'azione confessoria o negatoria a tutela del fondo gravato dall'usufrutto, trae, infatti, la sua giustificazione dal particolare contenuto, assai ristretto nel tempo e nelle facoltà, che caratterizza l'estensione di tale diritto nei confronti della proprietà e dalla correlativa esigenza di evitare la formazione di giudicati la cui inopponibilità al nudo proprietario, derivante dalla sua mancata partecipazione al giudizio, contrasterebbe con la finalità di accertare una *conditio* o *qualitas fundi* cui i giudicati stessi sono preordinati, esigenza che non ricorre, invece, nella diversa ipotesi in cui le suddette azioni siano promosse dal (o contro il) nudo proprietario; b) **Sez. 2, n. 15931/2019, Tedesco, Rv. 654085-02**, cit. precisa che il convenuto in un'azione negatoria di servitù di passaggio, che eccepisca il proprio diritto di passare sul fondo dell'attore per avere usucapito la servitù o per l'esistenza di una servitù di uso pubblico ovvero, ancora, sostenendo la demanialità dell'area su cui intende esercitare il passaggio, dà luogo ad una semplice eccezione (a meno che non tenda ad ottenere, sul suo preteso diritto, non già una semplice pronuncia incidentale, intesa solo a paralizzare la pretesa attrice, ma una pronuncia principale con valore di giudicato), come tale proponibile per la prima volta in appello ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c..

Sotto il profilo risarcitorio, infine, **Sez. 6-2, n. 12630/2019, Picaroni, Rv. 653643-01** precisa che la lesione del diritto di proprietà, conseguente all'esercizio abusivo di una servitù di veduta, è di per sé produttiva di un danno, il cui accertamento non richiede, pertanto, una specifica attività probatoria e per il risarcimento del quale il giudice deve procedere ai sensi dell'art. 1226 c.c., adottando

eventualmente, quale parametro di liquidazione equitativa, una percentuale del valore reddituale dell'immobile, la cui fruibilità sia stata temporaneamente ridotta.

4.1.1. (Segue) Le immissioni.

Trattando della regolamentazione dei rapporti di vicinato, discorso a parte merita la disciplina delle immissioni, regolate dall'art. 844 c.c., il cui limite è rappresentato non già dalla normalità dell'esercizio di una determinata attività, quanto dalla normale tollerabilità per chi deve subirla, tenendo conto (a) delle esigenze della produzione e (b) delle condizioni di ambiente (cd. "preuso").

L'azione inibitoria esperibile ai sensi della richiamata disposizione codicistica - secondo l'impostazione granitica della giurisprudenza di legittimità, ribadita da **Sez. 2, n. 26882/2019, Oliva, Rv. 655665-01** - ha natura reale, rientra nello schema della *negatoria servitutis* e deve essere proposta contro tutti i proprietari di tale fondo, qualora l'attore miri ad ottenere un divieto definitivo delle immissioni, operante, cioè, nei confronti dei proprietari attuali o futuri del fondo medesimo e dei loro aventi causa, in modo da ottenere l'accertamento della infondatezza della pretesa, anche solo eventuale e teorica relativa al diritto di produrre siffatte immissioni. La medesima azione ha, invece, carattere personale e rientra nello schema dell'azione di risarcimento in forma specifica di cui all'art 2058 c.c., nel caso in cui l'attore miri soltanto ad ottenere il divieto del comportamento illecito dell'autore materiale delle suddette immissioni, sia esso detentore ovvero comproprietario del fondo, il quale si trovi nella giuridica possibilità di eliminare queste ultime senza bisogno dell'intervento del proprietario o degli altri comproprietari del fondo medesimo.

È però da escludere che, avuto riguardo al danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità, possa discorrersi di pregiudizio sussistente *in re ipsa*.

Sez. 6-3, n. 19434/2019, Iannello, Rv. 654622-02 osserva - in proposito - che tale concetto giunge ad identificare il danno risarcibile con la lesione stessa del diritto (nella specie, quello al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione ed alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane) ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, per il quale non vi è copertura normativa: sicché, il danneggiato che chiedi il risarcimento del danno da immissioni di rumore eccedenti la soglia della normale tollerabilità deve provare di avere subito un effettivo pregiudizio in termini di disagi sofferti in dipendenza della difficile vivibilità della casa, potendosi a tal fine avvalere anche di presunzioni gravi, precise e concordanti sulla base però di elementi indiziari diversi dal fatto in sé dell'esistenza di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità.

La competenza a decidere sulle immissioni è ripartita tra tribunale e giudice di pace sulla base della fonte di loro provenienza, secondo un criterio ben chiarito da **Sez. 6-2, n. 19946/2019, Fortunato, Rv. 654988-01**: la competenza del giudice di prossimità, ex art. 7, comma 3, n. 3, c.p.c. è tassativamente circoscritta alle cause tra proprietari e detentori di immobili ad uso abitativo, esulando da essa le controversie relative ad immissioni provenienti da impianti industriali, agricoli o destinati ad uso commerciale, giacché la norma processuale non copre l'intero ambito applicativo dell'art. 844 c.c.: sicché, qualora l'immobile, seppure a prevalente destinazione abitativa, sia utilizzato anche per scopi diversi, ai fini della determinazione della competenza occorre dare rilievo non già alla destinazione prevalente, né alla classificazione catastale del bene, ma alla fonte dei fenomeni denunciati (in applicazione di tale principio, la Corte ha dichiarato la competenza del tribunale su una domanda avente ad oggetto la cessazione di immissioni di rumore derivanti dallo svolgimento di feste e ricevimenti con intrattenimento musicale negli spazi esterni di un immobile, concessi dai proprietari a terzi dietro pagamento di un corrispettivo per ciascun evento, non essendo tali fenomeni immissivi ricollegabili in alcun modo all'ordinaria destinazione del bene ad uso abitativo).

4.2. (Segue) c) le azioni di regolamento di confini e di apposizione di termini.

Le azioni cd. "di confine" sono due e perseguono finalità diverse: mentre l'*actio finium regundorum* si esercita allorché vi sia un'incertezza sul confine ad opera di uno (azione qualificata) ovvero di entrambi (*actio simplex*) i confinanti, l'azione di apposizione di termini viene invece introdotta quando tale incertezza non vi sia e si voglia unicamente apporre un segno visibile ad indicazione del confine tra i fondi. Si tratta, in entrambi i casi, di un *iudicium duplex*, nel senso che entrambe le parti confinanti possono introdurre le due azioni, vantando reciprocamente una posizione di pretesa e di difesa.

La Corte ravvisa il *discrimen* tra tale azione e la rivendica nella ricorrenza di una situazione di incertezza sul confine tra due fondi, ma non sul diritto di proprietà degli stessi, anche se oggetto di controversia è la determinazione quantitativa delle rispettive proprietà: sicché, qualora in primo grado sia stato chiesto, mediante la proposizione di un'azione di revindica (la quale involge, per l'appunto, la contestazione sul diritto di proprietà), il rilascio di un bene posseduto dal convenuto, costituisce domanda nuova, se proposta per la prima volta in appello, quella con la quale si chiede il regolamento dei confini, atteso che l'individuazione dei confini - osserva **Sez. 2, n. 21649/2019, Giusti, Rv. 654907-01** - costituisce un

bene giuridico diverso da quello dell'attribuzione in proprietà di un bene abusivamente posseduto dal convenuto medesimo.

Né - evidenza Sez. 2, n. 22645/2018, Criscuolo, Rv. 650370-01 - l'azione muta natura, trasformandosi in rivendica, nel caso in cui l'attore sostenga che il confine di fatto non sia quello esatto per essere stato parte del suo fondo usurpato dal vicino, essendo del tutto irrilevante - come già evidenziato da Sez. 2, n. 02297/2017, Scalisi, Rv. 642489-01 - che l'accertamento della proprietà di una delle parti sulla porzione di fondo controversa comporti anche un effetto recuperatorio della proprietà stessa quale mera conseguenza dell'esperimento della detta azione, la cui finalità è soltanto quella di eliminare l'incertezza e le contestazioni relative alla linea divisoria, prescindendo da ogni controversia sul diritto di proprietà: l'azione di regolamento di confini ha, infatti, un intrinseco effetto recuperatorio il quale - come recentemente ribadito anche da **Sez. 2, n. 08693/2019, Carrato, Rv. 653163-01** - nell'ipotesi in cui si sia verificato uno sconfinamento in uno dei due fondi, comporta l'obbligo di rilascio della porzione indebitamente posseduta, indipendentemente dall'intenzionalità dell'accertata occupazione abusiva. In tal caso, peraltro, **Sez. 2, n. 11770/2019, Abete, Rv. 653806-01** chiarisce che, se i fondi confinanti appartengono a più proprietari, non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario e ciascuno dei comproprietari è legittimato ad agire o resistere senza l'intervento degli altri, a meno che alla domanda di regolamento, diretta ad ottenere una sentenza dichiarativa, si accompagni la richiesta di rilascio o di riduzione in pristino della parte di fondo che si ritiene usurpata in conseguenza dell'incertezza oggettiva o soggettiva dei confini.

L'azione di regolamento di confini, inoltre, non è riconducibile ad unità neppure avuto riguardo all'azione volta al rispetto delle distanze legali: ed infatti, **Sez. 2, n. 15951/2019, Oliva, Rv. 654336-01** rileva, in proposito, che, mentre la prima presuppone uno sconfinamento e, quindi, un illecito utilizzo del bene altrui, la seconda, avente ad oggetto l'arretramento a distanza legale dal confine, riguarda interventi edilizi realizzati dal convenuto sulla sua proprietà, sebbene in violazione del regime legale delle distanze dal confine e tra costruzioni.

L'esperimento, ad opera di un terzo, dell'azione di regolamento di confini, non comportando la risoluzione di un contrasto sui titoli di proprietà, ma solo sulla sua estensione, non consente all'acquirente del fondo di fare valere la garanzia per evizione la quale, come chiarito da **Sez. 2, n. 07670/2019, Tedesco, Rv. 653026-01**, postula che, a seguito dell'esito vittorioso dell'azione di rivendica esercitata da un terzo, il compratore, dopo la stipula del contratto, sia stato privato, in tutto o in parte, della proprietà del bene acquistato.

Peraltro, rileva **Sez. 2, n. 04835/2019, Criscuolo, Rv. 652757-01** che il regolamento amichevole della linea di confine tra due fondi, desumibile dal

posizionamento del muro divisorio comune su accordo dei proprietari confinanti, realizza un negozio d'accertamento, che non richiede la forma scritta *ad substantiam*, potendosi perfezionare anche verbalmente o mediante attuazione. Così **Sez. 2, n. 01636/2019, Besso Marcheis, Rv. 652247-01** e, rendendo definitiva ed immutabile una situazione obiettivamente incerta, preclude ogni ulteriore contestazione e, quindi, l'esperibilità dell'*actio finium regundorum*.

5. Comunione di diritti reali.

A lungo si è posto il problema dell'individuazione delle norme applicabili ai consorzi di urbanizzazione, istituti atipici con aspetti sia associativi che di realtà (derivanti, questi ultimi, dall'osservanza di obblighi *propter rem* o dalle costituzioni di reciproche servitù): la questione, invero, è stata ripetutamente affrontata in sede di legittimità, sotto il profilo dell'applicabilità, alternativamente, delle norme in materia di comunione, condominio o di associazioni non riconosciute: dall'atipicità del rapporto consortile è stata argomentata la necessità di tener conto, anzitutto, dell'atto costitutivo o dello statuto, al fine di rispettare la volontà espressa dai consorziati medesimi sui vari aspetti della disciplina del rapporto, salvo passare, ove questo nulla disponga al riguardo, all'individuazione della normativa più confacente alla regolazione degli interessi implicati dalla controversia. A tale proposito, Sez. 2, n. 27634/2018, Casadonte, Rv. 651029-01 aveva chiarito - con una conclusione in linea con il novellato art. 1117-*bis* c.c., che estende la disciplina del condominio a tutte le fattispecie che registrano la compresenza di parti di proprietà esclusiva e parti di proprietà comun - che, atteso il nesso funzionale tra i beni di proprietà comune e quelli di proprietà esclusiva, il recesso del consorzio diretto alla liberazione dall'obbligo contributivo, in assenza di specifica previsione statutaria, non è disciplinato dall'art. 1104 c.c., che consente l'"abbandono liberatorio" nella comunione, bensì dall'art. 1118 c.c., che lo vieta nel condominio.

Senonché, la recente **Sez. 6-1, n. 25394/2019, Dolmetta, Rv. 655418-01** ha riproposto l'orientamento meno recente che, in assenza di indicazioni provenienti dallo statuto, ricorre alla disciplina della comunione ordinaria: stando a tale ultimo arresto, infatti, i consorzi di urbanizzazione, quali aggregazioni di persone fisiche o giuridiche preordinate alla sistemazione o al miglior godimento di uno specifico comprensorio mediante la realizzazione e la fornitura di opere e servizi, sono figure atipiche disciplinate principalmente dagli accordi tra le parti espressi nello statuto e, solo sussidiariamente, dalla normativa in tema di associazioni non riconosciute e di comunione.

Con specifico riferimento alla tematica della comunione, invece, merita di essere segnalata **Sez. U, n. 25021/2019, Lombardo, Rv. 655501-03**, per cui quando sia

proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non può disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato abusivo o parti di esso, in assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti, come richiesti dall'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985, costituendo la regolarità edilizia del fabbricato condizione dell'azione *ex art.* 713 c.c., sotto il profilo della "possibilità giuridica", e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale. La mancanza della documentazione attestante la regolarità edilizia dell'edificio e il mancato esame di essa da parte del giudice sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio. La pronuncia, invero, si pone in linea di continuità con la di poco precedente **Sez. U, n. 08230/2019, Sambito, Rv. 653283-01** che, risolvendo il contrasto creatosi a livello di sezioni semplici, ha definitivamente chiarito che la nullità comminata dall'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dagli artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 c.c., di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità "testuale", con tale espressione dovendo intendersi, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che, tuttavia, deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio, a quell'immobile: sicché, in presenza, nell'atto, della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato.

Sez. 6-2, n. 07869/2019, Criscuolo, Rv. 653381-01 chiarisce, inoltre, che, in tema di divisione ereditaria, la morte di uno dei condividenti successivamente all'apertura della successione ed alla stessa accettazione dell'eredità, con il subentro ad esso di una pluralità di soggetti, non determina il mutamento del titolo della comunione, da ereditaria in ordinaria, quanto, piuttosto, l'insorgere di una nuova comunione tra gli eventuali coeredi del condividente defunto, oggetto di distinta divisione rispetto a quella concernente i beni di cui il coerede defunto era comproprietario, con la persistente necessità, rispetto a quest'ultima, di procedere alla valutazione della comoda divisibilità della massa ed alla redazione del progetto di divisione in relazione al numero degli originari coeredi.

5.1. Comunione e tutela in sede giudiziaria.

Sul versante più spiccatamente processualistico, **Sez. 3, n. 29506/2019, Gorgoni, Rv. 655832-01** evidenzia che la domanda di risarcimento danni da fatto illecito del terzo (nella specie, realizzazione di manufatto abusivo sul fondo confinante) esperita da uno dei comproprietari, pur riguardando anche gli altri, non richiede l'integrazione necessaria del contraddittorio, trattandosi di azione a tutela della proprietà comune, non implicante l'accertamento della titolarità del proprio o dell'altrui diritto di proprietà.

Sempre nel corso del 2019 la Corte ha ribadito il proprio costante orientamento, in base al quale il giudizio di scioglimento di comunioni non è del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale, intraprendendo i singoli condividenti le loro strategie difensive anche all'esito delle richieste e dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione ed acquisendo rilievo gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, che modifichino il numero e l'entità delle quote; ne deriva - stando a quanto chiarito da **Sez. 2, n. 15926/2019, Giannaccari, Rv. 654335-01** - il diritto delle parti del giudizio divisorio di modificare, anche in sede di appello (nella specie, all'udienza di precisazione delle conclusioni), le proprie conclusioni e richiedere per la prima volta l'attribuzione, per intero o congiunta, del compendio immobiliare, integrando tale istanza una mera modalità di attuazione della divisione.

Nel caso, poi, di divisione di beni oggetto di comproprietà provenienti da titoli diversi, per **Sez. 2, n. 15494/2019, Fortunato, Rv. 654331-01** non si realizza un'unica comunione ma tante comunioni quanti sono i titoli di provenienza dei beni, corrispondendo alla pluralità di titoli una pluralità di masse, ciascuna delle quali costituisce un'entità patrimoniale a sé stante, nella quale ogni condividente deve poter far valere i propri diritti indipendentemente da quelli che gli competono sulle altre masse e nell'ambito di ciascuna massa debbono trovare soluzione i problemi relativi alla formazione dei lotti e alla comoda divisione dei beni immobili che vi sono inclusi: sicché è possibile procedere a un'unica divisione, invece che a tante divisioni quante sono le masse, solo con il consenso di tutti i condividenti, che deve trovare titolo in uno specifico negozio - che ove, riguardante beni immobili, deve rivestire la forma scritta "*ad substantiam*" - con il quale si attui il conferimento delle singole comunioni in una comunione unica e, in sua mancanza, la parte che non si sia opposta alla domanda di divisione sin dal primo grado può sollevare la questione in grado di appello.

Si occupa delle interferenze tra il giudizio di divisione intrapreso da alcuni dei partecipanti alla comunione e quello cd. endoesecutivo, instaurato in seno al processo di espropriazione forzata della quota di pertinenza di altro condividente,

Sez. 6-2, n. 07617/2019, Scarpa, Rv. 653373-03, per la quale tra i due giudizi sussiste un rapporto di litispendenza, da disciplinare applicando il criterio della prevenzione di cui all'art. 39 c.p.c., avuto riguardo, da un lato, alla data della notificazione dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di divisione ordinario e, dall'altro, a quella della pronuncia (o della notifica alle parti non presenti) dell'ordinanza del G.E. che disponga la divisione nell'ambito del procedimento esecutivo.

Interessante, infine, la posizione assunta da due diverse pronunzie in ordine al perdurare di uno stato di comunione (ordinaria) parziale tra alcuni comunisti in esito allo scioglimento della comunione (anche ereditaria).

Mentre per **Sez. 2, n. 15182/2019, Dongiacomo, Rv. 654082-01** lo scioglimento della comunione ereditaria non è incompatibile con il perdurare di uno stato di comunione ordinaria rispetto a singoli beni già compresi nell'asse ereditario in divisione, giacché, compiute le operazioni divisionali, dirette ad eliminare la maggior parte delle varie componenti dell'asse ereditario, indiviso al momento dell'apertura della successione, la comunione residuale sui beni ereditari si trasforma in comunione ordinaria, con la conseguente possibilità, per il giudice, di attribuire, *ex art. 720 c.c.*, un bene non comodamente divisibile, per l'intero, non solo nella porzione del coerede con quota maggiore, ma anche nelle porzioni di più coeredi che tendano a rimanere in comunione come titolari della maggioranza delle quote, a prescindere dal fatto che altri coeredi si oppongano, in senso opposto **Sez. 2, n. 18686/2019, Grasso Giu., Rv. 654472-01** ha affermato che l'attribuzione di un bene indivisibile a un gruppo di comunisti le cui quote, soltanto perciò, superano la maggior quota singola, di cui è titolare il condividente antagonista, viola il principio del "*favor divisionis*", perché in tal modo non si scioglie la comunione, ma la si mantiene, pur se ridotta ai contitolari della quota collettiva, mentre, in presenza di contrapposte domande di assegnazione, deve esser preferito l'aspirante titolare della maggior quota individuale.

Per un ulteriore approfondimento riguardo all'istituto della divisione, si rinvia al Vol. I, Capitolo VI, Le successioni e le donazioni.

6. Usufrutto, uso e abitazione.

La proprietà può essere in vario modo compressa, non solo sulla base di diritti che altri soggetti vantino nei confronti del proprietario, ma anche in virtù di diritti esistenti sulla cosa stessa, esercitabili *erga omnes* e concorrenti con la proprietà: rispetto a quest'ultima, ovviamente, non hanno il carattere di pienezza ed esclusività (dove la definizione in termini di diritti parziari o limitati), ma ne condividono il carattere reale; sono inoltre caratterizzati, pur nella crescente critica, sul punto, della

dottrina, dalla tipicità (si discorre, in proposito, di *numerus clausus* dei diritti reali) e dal diritto di seguito. Si distinguono, sistematicamente, in diritti reali di garanzia e di godimento e tra questi ultimi rientrano le servitù, l'usufrutto, l'uso e l'abitazione.

Diverse sono state, nel corso dell'anno appena trascorso, le pronunzie della Corte in tema di usufrutto.

Così, **Sez. 2, n. 22797/2019, Giannaccari, Rv. 655224-01** affronta la questione - parzialmente sovrapponibile alla materia condominiale, stante il dettato dell'art. 67 disp. att. c.c. - del criterio di riparto delle spese tra usufruttuario e nudo proprietario, *ex* artt. 1004 e 1005 c.c., chiarendo che a tal fine non rileva la maggiore o minore attualità del danno da riparare, bensì il carattere ordinario o straordinario dell'opera, poiché, in considerazione della natura dei rispettivi diritti, l'usufruttuario ha l'onere di provvedere a quanto attiene alla conservazione ed al godimento della cosa, mentre sono riservate al nudo proprietario le opere che incidono sulla struttura, la sostanza e la destinazione della stessa, potendosi a tal fine ritenere straordinaria - stante la non tassatività dell'elencazione contenuta all'art. 1005 c.c. - quell'opera che importa la sostituzione o il ripristino di un elemento essenziale della struttura della cosa, finalizzati non già alla mera conservazione del bene, che resta a carico dell'usufruttuario, ma alla prevenzione o eliminazione di cedimenti e deterioramenti legati alla vetustà.

L'essere un bene gravato da usufrutto rileva anche sotto diversi ed ulteriori aspetti: a) anzitutto ai fini della circolazione del bene stesso. In proposito, **Sez. 2, n. 05336/2019, Tedesco, Rv. 652706-01** osserva che, nel caso di contratto preliminare di vendita di bene gravato da usufrutto, qualora nel termine pattuito il promittente venditore non sia stato in grado di procurare l'acquisto della piena proprietà del detto bene, il promittente compratore, che non abbia avuto conoscenza, al momento della conclusione del contratto, che la cosa era gravata di uno *ius in re*, può *ex* art. 1489 c.c. domandare, oltre alla riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto, la quale può essere pronunciata, anche se il titolare del diritto di godimento o il beneficiario dell'onere o della limitazione non abbiano ancora fatto valere alcuna pretesa sulla *res*, ove si accerti, ai sensi dell'art. 1480 c.c., che il compratore non avrebbe acquistato la cosa gravata dall'onere; b) quindi, sotto il profilo processuale. In tema di riduzione in pristino di opere illegittime per violazione delle distanze legali, infatti, **Sez. 2, n. 05147/2019, Fortunato, Rv. 652702-01** chiarisce che la domanda di arretramento della costruzione realizzata dall'usufruttuario dell'immobile va proposta nei soli confronti del nudo proprietario, potendo il titolare del diritto reale di godimento, al più, intervenire in giudizio, in via adesiva, ai sensi dell'art. 105, comma 2, c.p.c.; con l'ulteriore conseguenza che ne discende, per cui l'attore, rimasto soccombente per avere agito contro l'usufruttuario, non può dolersi della mancata chiamata in causa del nudo

proprietario da parte del giudice, poiché, da un lato, non sussiste litisconsorzio necessario tra l'usufruttuario e il nudo proprietario e, dall'altro, l'ordine di intervento *ex art.* 107 c.p.c. è espressione di un potere discrezionale, incensurabile sia in appello sia in sede di legittimità; c) litisconsorzio necessario che, stando a **Sez. 2, n. 20040/2019, Sabato, Rv. 654976-01**, cit. va escluso anche nel caso di comunione impropria sul fondo interessato, caratterizzata - cioè - dalla coesistenza di diritti non omogenei, nuda proprietà e usufrutto, allorquando l'azione confessoria o negatoria a tutela del fondo gravato dall'usufrutto sia promossa dal (o contro il) nudo proprietario: in tal caso, infatti, non è necessaria la partecipazione al giudizio dell'usufruttuario del fondo passivamente o attivamente gravato dalla servitù, non sussistendo i presupposti per l'applicazione analogica dell'art. 1012, comma 2, c.c. L'onere di chiamare in giudizio il nudo proprietario, posto dall'art 1012 c.c. a carico dell'usufruttuario che intenda esercitare l'azione confessoria o negatoria a tutela del fondo gravato dall'usufrutto, trae infatti la sua giustificazione dal particolare contenuto, assai ristretto nel tempo e nelle facoltà, che caratterizza l'estensione di tale diritto nei confronti della proprietà e dalla correlativa esigenza di evitare la formazione di giudicati la cui inopponibilità al nudo proprietario, derivante dalla sua mancata partecipazione al giudizio, contrasterebbe con la finalità di accertare una *conditio* o *qualitas fundi* cui i giudicati stessi sono preordinati, esigenza che non ricorre, invece, nella diversa ipotesi in cui le suddette azioni siano promosse dal (o contro il) nudo proprietario.

Dal punto di vista fiscale, inoltre, (a) **Sez. 6-5, n. 02252/2019, La Torre, Rv. 652727-01** ha precisato che l'atto di rinuncia a titolo gratuito al diritto di usufrutto è soggetto all'imposta prevista dal d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (come reintrodotta dal d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, conv. con modif. dalla l. 24 novembre 2006, n. 286), poiché esso rientra nell'ambito degli atti traslativi o costitutivi di diritti reali di godimento, in virtù dell'effetto di arricchimento del beneficiario conseguente alla rinuncia al diritto da parte del suo titolare; mentre (b) **Sez. 5, n. 06836/2019, Guida, Rv. 653316-01** ha osservato che in tema di determinazione del reddito d'impresa, le quote di ammortamento delle aziende date (in affitto o) in usufrutto sono deducibili, ai sensi degli artt. 67, comma 9, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 e 14, comma 2, del d.P.R. 4 febbraio 1988, n. 42, dal reddito (dell'affittuario o) dell'usufruttuario, e non da quello del concedente, e sono commisurate al costo originario dei beni risultante dalla contabilità del concedente.

Per quanto attiene, invece, ai diritti di abitazione ed uso, si rinvia a quanto sarà illustrato nel Capitolo VI di questa Parte II, *sub* § 5.

7. Servitù prediali.

L'art. 1027 c.c. definisce la servitù come un peso al godimento di un fondo, per l'utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario: vantaggio e correlativa restrizione formano, dunque, due aspetti correlati nel concetto stesso di servitù, tanto da consentire l'identificazione di un fondo servente e di uno dominante; sono però disconosciute dal codice vigente, come da quello abrogato del 1865, siccome dirette a realizzare un interesse non meritevole di tutela perché - osserva **Sez. 2, n. 05603/2019, Scalisi, Rv. 652763-01** - concretizzantesi in una mera comodità, del tutto personale, di coloro che accedono al preteso fondo servente, ma non in un'utilità oggettiva, pur se indiretta, del fondo dominante, le convenzioni costitutive di servitù "personali" o "irregolari", aventi come contenuto limitazioni della proprietà del fondo altrui a beneficio di un determinato soggetto e non di un diverso fondo.

In questo contesto, ad esempio, molto discussa è stata la questione concernente la possibilità di validamente costituire una servitù di parcheggio. A fronte di un orientamento decisamente contrario rispetto alla configurabilità di una simile servitù (cfr., tra le altre, Sez. 2, n. 05769/2013, Nuzzo, Rv. 625685-01, fondato sulla considerazione per cui il parcheggio di autovetture costituisce manifestazione di un possesso a titolo di proprietà del suolo, non anche estrinsecazione di un potere di fatto riconducibile al contenuto di un diritto di servitù, del quale difetta la *realitas*, intesa come inerenza al fondo dominante dell'utilità, così come al fondo servente del peso, con conseguente natura meramente personale dell'utilità arrecata, se ne è formato uno più recente (cfr. Sez. 2, n. 16698/2017, Picaroni, Rv. 644848-01), che, al contrario, non nega *in nuce* tale evenienza e di cui è espressione **Sez. 2, n. 07561/2019, Fortunato, Rv. 653147-01**, per la quale lo schema previsto dall'art. 1027 c.c. non preclude in assoluto la costituzione di servitù aventi ad oggetto il parcheggio di un'autovettura su un immobile di proprietà altrui, a condizione che, in base all'esame del titolo, tale facoltà risulti essere stata attribuita a diretto vantaggio del fondo dominante, per la sua migliore utilizzazione, quale *utilitas* di carattere reale.

Sempre sul concetto di "utilità" si sofferma **Sez. 2, n. 04821/2019, Giannaccari, Rv. 652691-01**, la quale, sia pur con riferimento alla servitù di passaggio, osserva come il contenuto del relativo diritto comprende tutte le concrete e varie modalità del suo esercizio, inteso quale vantaggio che il proprietario del fondo dominante riceve non soltanto in via diretta, ossia mediante l'esercizio del diritto proprio o dei familiari o di coloro che detengano il fondo in suo nome, ma anche in via indiretta, attraverso le visite di terzi, riferibili alle normali esigenze della vita di relazione. L'*utilitas*, peraltro, colora anche il comportamento del titolare del

fondo servente giacché l'indagine sulla sussistenza, ad opera di costui, di atti di violazione o turbativa della servitù, dovendo essere condotta con riferimento all'estensione ed alle modalità di esercizio della servitù medesima, come fissate dal titolo costitutivo, deve tenere conto, secondo quanto chiarito da **Sez. 2, n. 21003/2019, Scalisi, Rv. 655188-01**, anche delle specificazioni che tale titolo contenga in ordine alla *utilitas*, ove le stesse non abbiano mero valore indicativo, ma valgano a qualificare e delimitare il diritto.

Se, poi, per la valida costituzione di una servitù non è necessario che il titolo contenga la specifica descrizione del fondo dominante e del fondo servente, essendo sufficiente, come affermato da Sez. 2, n. 26516/2018, Scarpa, Rv. 650841-01, che questi ultimi siano comunque desumibili dal contenuto dell'atto (nel medesimo senso, sia pure avuto riguardo alla costituzione di servitù in deroga alle distanze legali delle costruzioni o vedute, la recente **Sez. 2, n. 14711/2019, Scarpa, Rv. 654188-01**, per la quale non è necessaria, a tal fine, alcuna formula sacramentale, essendo però comunque indispensabile che la volontà dei contraenti sia deducibile - all'esito di un'indagine sull'effettiva volontà dei contraenti, la quale costituisce accertamento di fatto insindacabile in sede di legittimità se non nei limiti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. - da una dichiarazione scritta da cui risultino i termini precisi del rapporto reale tra vicini, nel senso che l'accordo faccia venir meno il limite legale per il proprietario del fondo dominante, che così acquista la facoltà di invadere la sfera esclusiva del fondo servente), al contrario - chiarisce **Sez. 6-2, n. 17026/2019, Tedesco, Rv. 654615-01** - ai fini dell'opponibilità della servitù ai terzi, successivi acquirenti del fondo servente, deve essere considerata soltanto la conoscibilità legale, desumibile dal contenuto della nota di trascrizione del contratto che della servitù integra il titolo, dovendo dalla stessa risultare l'indicazione del fondo dominante e di quello servente, la volontà delle parti di costituire una servitù, nonché l'oggetto e la portata del diritto. Il medesimo principio da ultimo esposto è fatto proprio ed ulteriormente specificato da **Sez. 2, n. 13817/2019, Cosentino, Rv. 654176-01**: l'alienazione del fondo dominante - si osserva - comporta, in virtù del cd. principio di ambulatorietà delle servitù, anche il trasferimento delle servitù attive ad esso inerenti, anche se nulla venga al riguardo stabilito nell'atto di acquisto, così come l'acquirente del fondo servente - una volta che sia stato trascritto il titolo originario di costituzione della servitù - riceve l'immobile con il peso di cui è gravato, essendo necessaria la menzione della servitù soltanto in caso di mancata trascrizione del titolo; tuttavia, ai fini dell'opponibilità del trasferimento al terzo acquirente è necessaria la trascrizione dell'atto costitutivo della servitù o, in mancanza, la menzione della servitù passiva nell'atto di trasferimento del fondo servente (nel medesimo senso **Sez. 2, n. 12798/2019, Grasso Giu., Rv. 654037-01**).

La soggezione può consistere in un *pati* o in un *non facere*, salvo, relativamente a quest'ultima prestazione, la possibilità di prevedere, a carico del proprietario del fondo servente, alcuni obblighi di *facere* (cfr., ad es., l'art. 1091 c.c.); requisiti comuni a tutte le servitù sono la vicinanza dei fondi (cd. *vicinitas*), la *perpetua causa*, l'indivisibilità e l'inscindibilità.

In particolare, il principio di indivisibilità *ex art.* 1071 c.c. comporta, nel caso di frazionamento del fondo dominante, la permanenza del diritto su ogni porzione del medesimo, salve le ipotesi di aggravamento della condizione del fondo servente; poiché detto effetto si determina *ex lege*, secondo **Sez. 2, n. 17884/2019, Varrone, Rv. 654467-01**, non occorre alcuna espressa menzione, a tale riguardo, negli atti traslativi attraverso cui si determina la divisione del fondo dominante: sicché, nel silenzio delle parti - in mancanza di specifiche clausole dirette ad escludere o limitare il diritto - la servitù continua a gravare sul fondo servente, nella medesima precedente consistenza, a favore di ciascuna di quelle già componenti l'originario unico fondo dominante, ancora considerato alla stregua di un *unicum* ai fini dell'esercizio della servitù, ancorché le singole parti appartengano a diversi proprietari, a nulla rilevando se alcune di queste, per effetto del frazionamento, vengano a trovarsi in posizione di non immediata contiguità con il fondo servente.

Quanto alla fonte costitutiva, le servitù possono essere volontarie o coattive (o legali) a seconda che siano riconducibili ad un atto volitivo delle parti ovvero ad una previsione legislativa, nel senso che, in tale ultimo caso, possono essere costituite anche senza il consenso del titolare del fondo servente, essendo il relativo diritto riconosciuto *ex lege* al titolare del fondo dominante. Ove non apparenti, poi, le servitù volontarie possono costituirsi soltanto per titolo (contratto o testamento) mentre, se apparenti, possono costituirsi anche per usucapione e destinazione del padre di famiglia; quando coattive, in mancanza di accordo tra le parti, possono essere costituite per provvedimento dell'autorità giudiziaria, con cui vengono altresì stabiliti le modalità di esercizio della servitù e l'indennizzo da riconoscere al titolare del fondo servente.

Anche rispetto a tale pacifica distinzione esistono, però, dei casi "limite": così, ad esempio, **Sez. 6-2, n. 24966/2019, Fortunato, Rv. 655458-01** osserva che per il disposto dell'art. 1054 c.c., il quale riconosce al proprietario del fondo rimasto intercluso in conseguenza di alienazione a titolo oneroso o di divisione il diritto di ottenere coattivamente dall'altro contraente il passaggio senza corrispondere alcuna indennità, deve presumersi che la servitù di passaggio costituita con atto, anche successivo, preordinato a superare l'interclusione, abbia natura coattiva, con conseguente applicabilità della causa estintiva di cui all'art. 1055 c.c., salvo che dal negozio costitutivo non emerga, in concreto ed inequivocabilmente, l'intento delle parti di applicare il regime delle servitù volontarie.

Si collocano, inoltre, a metà strada tra le servitù volontarie e quelle coattive - pur essendo loro pacificamente riconosciuta natura volontaria - le servitù apparenti che, pur in presenza dei presupposti per l'imposizione coattiva del relativo vincolo, siano acquisite per usucapione: la fattispecie è stata affrontata in relazione tanto alla servitù di elettrodotto (**Sez. 2, n. 28271/2019, Tedesco, Rv. 655687-01**), quanto a quella di passaggio (**Sez. 2, n. 13223/2019, Dongiacomo, Rv. 653820-01**), evidenziandosi - in entrambe le occasioni - l'estraneità di tale forma di costituzione all'attuazione di un potere autoritativo o di un dovere legalmente imposto, essendo la servitù nata non secondo il volere coatto o contro il volere del soggetto passivo, ma indipendentemente da esso, in forza della conversione di una situazione di fatto in una situazione di diritto.

Con precipuo riferimento, invece, alle servitù apparenti, **Sez. 2, n. 13818/2019, Cosentino, Rv. 654077-02** precisa che la servitù viene acquistata per usucapione in esatta corrispondenza con l'utilizzazione delle opere visibili e permanenti destinate al suo esercizio, protrattasi continuativamente per venti anni, posto che il contenuto del diritto è determinato dalle specifiche modalità con cui di fatto se ne è concretizzato il possesso; ne consegue che ogni apprezzabile variazione delle modalità possessorie interrompe il corso dell'usucapione e dà luogo a una nuova decorrenza del relativo termine (nella specie, la Corte ha cassato la sentenza gravata che, ai fini della decorrenza del tempo per la usucapione ventennale, aveva unificato l'esercizio di una servitù veicolare ed uno successivo carraio e di parcheggio senza distinguere le diverse modalità di esercizio del possesso, intervenute a seguito del mutamento di destinazione del fondo dominante da agricolo a turistico alberghiera e di ristorazione).

Circa il modo di esercizio della servitù, quando esso non sia regolato dal titolo, il criterio per determinare il contenuto del diritto è dato dal possesso (cfr. art. 1065 c.c.) e, cioè, dall'esistente situazione di fatto rispetto al godimento che si ha sul fondo servente, valutata sulla base della pratica dell'anno precedente o dell'ultimo godimento (art. 1066 c.c.).

In linea generale, **Sez. 2, n. 20549/2019, Tedesco, Rv. 654982-01** precisa che le modalità di utilizzazione del fondo servente si distinguono in modalità essenziali e modalità estrinseche: le prime incidono o si riflettono sull'*utilitas* con deciso carattere fisionomico, in quanto integrano il vantaggio conferito dal titolo al fondo dominante, mentre le seconde consistono in elementi meramente accessori, non influenti sul contenuto della servitù, in quanto non incidono sull'*utilitas*. Solo la mancata attuazione delle modalità essenziali importa che la servitù non sorga, perché non si concretizza il vantaggio del fondo dominante, mentre l'inattuazione o la modificazione delle modalità estrinseche sono irrilevanti e non importano né la mancanza di costituzione della servitù, né la sua estinzione.

La servitù, dunque, non può essere trasferita sul fondo di proprietà di un terzo senza il consenso di quest'ultimo: così, occupandosi della servitù di passaggio, **Sez. 2, n. 17869/2019, Giannaccari, Rv. 654458-01** ha osservato come il trasferimento della servitù di passaggio su un fondo servente di proprietà di un terzo richiede, ai sensi dell'art. 1068, comma 4, c. c., il consenso di quest'ultimo, consenso che non può ritenersi implicito nel fatto che il proprietario già consenta il passaggio a taluni, essendo invece necessario, al fine della costituzione del rapporto intersoggettivo tra il titolare del fondo dominante ed il titolare del nuovo fondo servente, che il consenso sia non solo esplicito, ma, considerata la natura del diritto, manifestato per iscritto. Simmetricamente - sia pure con principio affermato in tema di servitù di passaggio - la servitù che, in virtù dell'atto costitutivo e delle modalità di esercizio, grava su una parte determinata del fondo servente non può essere spostata su altra parte dell'immobile dal proprietario del fondo dominante (così **Sez. 6-2, n. 07619/2019, Scarpa, Rv. 653170-01**).

Avuto riguardo, infine, ai modi di estinzione delle servitù, **Sez. 2, n. 07562/2019, Dongiacomo, Rv. 653148-01** rappresenta che la prescrizione delle servitù per non uso, ai sensi dell'art. 1073 c.c., formando oggetto di un'eccezione in senso proprio, deve essere specificamente opposta, anche senza l'impiego di forme sacramentali, dalla parte che intenda avvalersene.

7.1. *Profili processuali* relativi alla costituzione delle servitù.

La difesa del diritto di servitù è affidata all'azione confessoria, la quale rappresenta il simmetrico della azione negatoria: si tratta di un'azione esperibile da chi pretende di avere il diritto reale sulla cosa altrui, nei confronti del proprietario e di chiunque ne contesti l'esercizio.

Tale azione, ove volta al riconoscimento dell'esistenza di una servitù di passaggio che attraversa più fondi, avendo lo scopo di accertare l'esistenza del rapporto di servitù contestato, deve essere proposta, alla stregua di quanto affermato da **Sez. 2, n. 13818/2019, Cosentino, Rv. 654077-01**, solo nei confronti del proprietario del fondo aggravato che contesti l'esistenza della servitù, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei proprietari degli altri fondi che non contestino la servitù e non pongano impedimento al suo esercizio.

8. Tutela ed effetti del possesso.

Numerose le pronunce della S.C. relativamente al possesso utile ai fini dell'usucapione.

Trattandosi di modo di acquisto della proprietà a titolo originario, la giurisprudenza di legittimità richiede il compimento di atti diretti in maniera non

equivoca a manifestare sul bene un *animus* corrispondente a quello del proprietario: tali principi, assolutamente pacifici, sono stati ribaditi da **Sez. 2, n. 26633/2019, Scarpa, Rv. 655654-01**, la quale chiarisce che, affinché il possesso sia utile per l'usucapione, è sufficiente che sia stato acquistato ed esercitato pubblicamente, in modo visibile e non occulto, così da palesare l'animo del possessore di volere assoggettare la cosa al proprio potere, mentre la violenza o la clandestinità, quali modalità che escludono che esso giovi all'usucapione, devono verificarsi al momento dell'acquisto, cosicché la sopravvenienza di tali elementi non incide sull'inizio del termine per usucapire (nella medesima occasione, peraltro, la Corte ha evidenziato che l'accertamento relativo alla qualificazione del possesso ed alla determinazione del decorso del tempo utile al verificarsi dell'usucapione è devoluto al giudice del merito ed il relativo apprezzamento è incensurabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici).

Consegue da quanto precede - evidentemente - il principio affermato da **Sez. 2, n. 27411/2019, Dongiacomo, Rv. 655670-01**, per cui la presunzione di possesso utile *ad usucapionem*, di cui all'art. 1141 c.c., non opera quando la relazione con il bene non consegua ad un atto volontario di apprensione, ma derivi da un iniziale atto o fatto del proprietario-possessore, come nell'ipotesi della mera convivenza nell'immobile con chi possiede il bene; in tal caso, la detenzione può mutare in possesso soltanto con un atto di interversione, consistente in una manifestazione esteriore, rivolta contro il possessore, affinché questi possa rendersi conto dell'avvenuto mutamento, da cui si desuma che il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui ed abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, il cui accertamento realizza un'indagine di fatto, rimessa all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità, purché risulti logica e congruamente motivata. Del pari, **Sez. 2, n. 21726/2019, Oliva, Rv. 654909-01** chiarisce che, nell'ipotesi di compravendita di bene immobile, nulla perché realizzata in forma verbale, cui le parti abbiano comunque dato esecuzione mediante la consegna della *res* ed il pagamento integrale del relativo corrispettivo, il giudice di merito può affermare l'esistenza, in capo al soggetto che in virtù del predetto titolo si trovi in rapporto di fatto con il cespite, di un possesso utile *ad usucapionem*, soltanto laddove in concreto si configuri un atto idoneo a realizzare l'interversione del possesso, che non può essere rappresentato da comportamenti, quali il trasferimento della residenza nell'immobile o l'attivazione delle relative utenze a proprio nome, che di per sé non presuppongono il possesso, ma un mero rapporto di detenzione qualificata con la *res*.

L'interversione nel possesso, infatti, non può avere luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia possibile desumere che il detentore abbia iniziato ad esercitare il potere di

fatto sulla cosa esclusivamente in nome proprio e non più in nome altrui, e detta manifestazione deve essere rivolta specificamente contro il possessore, in maniera che questi sia posto in grado di rendersi conto dell'avvenuto mutamento e della concreta opposizione al suo possesso.

Non consente il decorso del termine *ad usucapionem* neppure la mera detenzione del bene: al riguardo, al fine di stabilire se la relazione di fatto con il bene costituisca una situazione di possesso ovvero di semplice detenzione - dovuta a mera tolleranza di chi potrebbe opporvisi, come tale inidonea, ai sensi dell'art. 1144 c.c., a fondare la domanda di usucapione - assume rilievo, secondo **Sez. 2, n. 17880/2019, Tedesco, Rv. 654466-01**, la circostanza che l'attività svolta sul bene abbia avuto durata non transitoria e sia stata di non modesta entità, circostanza che assume efficacia di valore presuntivo circa l'esclusione dell'esistenza di una mera tolleranza e che non ricorre nel caso in cui la suddetta relazione di fatto si fondi su rapporti caratterizzati da vincoli particolari tra le parti, quali quelli scaturenti da un rapporto societario.

L'aspetto relativo all'interruzione del decorso del termine *ad usucapionem* è stato affrontato sotto molteplici profili, benché tutti collegati all'atto concreto cui detto effetto viene astrattamente ricondotto, tenendo conto che, con il rinvio all'art. 2943 c.c., l'art. 1165 elenca tassativamente gli atti interruttivi: non è, dunque, consentito attribuire tale efficacia ad atti diversi da quelli stabiliti dalla norma, per quanto con essi si sia inteso manifestare la volontà di conservare il diritto, giacché la tipicità dei modi di interruzione della prescrizione non ammette equipollenti.

Così: a) per **Sez. 2, n. 06029/2019, Oliva, Rv. 652773-01**, non ha efficacia interruttiva del possesso, rilevante ai fini dell'usucapione, l'inserimento del bene controverso nella denuncia di successione; b) ugualmente, secondo **Sez. 2, n. 30079/2019, Falaschi, Rv. 656200 - 02**, non può riconoscersi efficacia di atto interruttivo dell'usucapione all'introduzione di un giudizio di riduzione per lesione di legittima, in assenza di una chiara manifestazione della volontà di riacquistare all'asse ereditario il bene sul quale il possesso viene esercitato; c) è, invece, causa di interruzione del *tempus ad usucapionem*, ai sensi dell'art. 2944 c.c., il riconoscimento del diritto altrui da parte di colui contro il quale il diritto può essere fatto valere: tale riconoscimento, peraltro - alla luce di quanto chiarito da **Sez. 2, n. 23420/2019, Scalisi, Rv. 655253-01** - non deve necessariamente essere recettizio, potendo risultare anche da una manifestazione tacita di volontà, purché univoca, senza richiedere per la sua efficacia di essere indirizzato all'avente diritto, né tantomeno di essere da lui accettato.

Quanto, infine, ai risvolti processuali inerenti la tematica in esame, l'assolvimento dell'onere probatorio gravante su chi invoca l'acquisto a titolo originario della proprietà - che, vertendo su una situazione di fatto, non incontra

alcuna limitazione nelle norme concernenti gli atti soggetti a forma scritta, *ad substantiam* o *ad probationem* e, pertanto, può essere assolto per testimoni (**Sez. 2, n. 02977/2019, Giannaccari, Rv. 652433-01**) - pur dovendo essere apprezzato con particolare rigore, è comunque soggetto - secondo quanto statuito da **Sez. 2, n. 03487/2019, Besso Marcheis, Rv. 652440-01** - alla regola della "preponderanza dell'evidenza" o "del più probabile che non" propria del processo civile e non a quella della prova "oltre il ragionevole dubbio" propria del processo penale, stante l'equivalenza dei valori in gioco tra le due parti contendenti nel processo civile e la diversità di quelli in gioco tra accusa e difesa in quello penale.

8.1. *Profili processuali* relativi all'esercizio delle azioni possessorie e quasi-possessorie.

La tutela del possesso è affidata alle azioni di reintegrazione e manutenzione (rispettivamente disciplinate dagli artt. 1168 e 1170 c.c.), nonché alle azioni di nunciazione o quasi-possessorie (denuncia di nuova opera e di danno temuto, disciplinate dagli artt. 1171 e 1172 c.c.) - che, in realtà, spettano non solo al possessore, ma anche al proprietario ed al titolare di altro diritto reale di godimento.

La struttura del procedimento, nell'uno come nell'altro caso, è modellata sulla falsariga di quello disegnato dagli artt. 669-*bis* e ss. c.p.c. e, in particolare, dei procedimenti cautelari a giudizio di merito solo eventuale (cfr. l'art. 669-*octies* c.p.c.): in tal senso, dunque, la novella legislativa apportata con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con mod. dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 ha profondamente inciso sulla originaria struttura bifasica del procedimento possessorio, come delineata da Sez. U, n. 01984/1998, Vella, Rv. 512984-01, rendendola solo eventualmente tale.

Prendendo le mosse dalle azioni possessorie (esperibili anche nei confronti della pubblica amministrazione, con devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario, allorché il comportamento della medesima non si ricolleggi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio dei poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale, disancorata e non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali. Così **Sez. U, n. 29087/2019, Sambito, Rv. 655801-01**) e, in specie, dall'azione di reintegrazione, l'elemento oggettivo dello spoglio, che consiste nella privazione del possesso, si atteggia diversamente a seconda che questo abbia ad oggetto una cosa o un diritto, sostanziandosi, nel primo caso, in un'azione che toglie al possessore il potere di fatto sulla cosa e, nel secondo caso, in un comportamento che impedisce al possessore l'esercizio del diritto e che può estrinsecarsi sia in un atto positivo, rivolto a porre in essere un ostacolo materiale all'esercizio dell'altrui diritto, sia in un contegno negativo, con il quale lo *spoliator* si opponga

all'eliminazione di un ostacolo non creato da lui, contro l'espressa volontà del possessore di riportare la situazione di fatto allo *status quo ante*.

Da tanto consegue, stando a quanto chiarito da **Sez. 2, n. 11369/2019, Abete, Rv. 653713-02**, che, se un'opera (cosa o manufatto) necessaria all'esercizio di una servitù venga asportata, distrutta o resa inservibile per una qualsiasi causa non imputabile al possessore del fondo servente, questi commette spoglio della servitù, qualora si opponga arbitrariamente al ripristino dell'opera che il possessore del fondo dominante chieda di eseguire a sua cura e spesa.

Nè la reintegrazione o la cessazione della turbativa intervenute, per iniziativa spontanea del soggetto attivo, prima che il giudice gliene abbia fatto ordine ai sensi dell'art. 703 c.p.c., eliminano, però, l'interesse del soggetto passivo ad ottenere una sentenza che, benché non possa contenere quell'ordine, ormai inutile, esamini la fondatezza nel merito dell'azione possessoria: ed infatti, **Sez. 2, n. 02991/2019, Carrato, Rv. 652437-01** osserva che tale pronuncia appare essenziale, sia ai fini del necessario regolamento delle spese, sia per la valutazione dell'eventuale ed accessoria domanda risarcitoria (relativamente alla quale, peraltro, lo *spoliatus* deve comunque avere fornito la prova dell'esistenza e dell'entità materiale del pregiudizio. In termini, **Sez. 6-2, n. 07871/2019, Criscuolo, Rv. 653382-01**, dovendosi considerare, altresì, che una pronuncia di cessazione della materia del contendere, oltre all'esecuzione spontanea della rimessione in pristino, deve implicare pure il riconoscimento da parte del convenuto della illegittimità del suo operato.

Sez. 2, n. 11369/2019, Abete, Rv. 653713-01 affronta poi, il tema di *mutatio* ed *emendatio* nel giudizio di reintegrazione, chiarendo che sussiste domanda nuova, inammissibile a norma dell'art. 183 c.p.c., soltanto nel caso in cui, in corso di causa, venga indicato, come oggetto di spoglio, un bene diverso da quello menzionato nell'atto introduttivo, giacché alla privazione di un bene diverso corrisponde una controversia che esorbita dai limiti dell'originaria pretesa; per contro, il solo mutamento della prospettazione di elementi relativi al possesso dello stesso bene (modalità, limiti, titolo giustificativo) o allo spoglio (modi d'esecuzione, clandestinità, violenza) non integra un mutamento, ma una semplice modificazione della domanda.

In materia di prova, infine, meritano di essere segnalate tre pronunzie: a) **Sez. 2, n. 02032/2019, Casadonte, Rv. 652249-01** la quale ha osservato che la produzione, nel giudizio di reintegrazione, del titolo da cui il deducente trae lo *ius possidendi*, può solo integrare la prova del possesso, al fine di meglio determinare e chiarire i connotati del suo esercizio, ma non può sostituire la prova richiesta nel relativo giudizio, avendo il ricorrente l'onere di dimostrare di avere effettivamente esercitato, con carattere di attualità, la signoria di fatto sul bene che si assume sovvertita dall'altrui comportamento violento od occulto; b) **Sez. 2, n. 02988/2019,**

Carrato, Rv. 652435-01 per la quale, allorquando il convenuto in azione possessoria - per turbativa del possesso derivante dall'inosservanza della distanza legale rispetto a una preesistente costruzione dell'attore - prospetti la legittimità del proprio operato come conseguenza delle modalità di esercizio del diritto di prevenzione da parte dell'attore stesso, è indispensabile, sia pure ai soli effetti possessori, accertare l'esistenza e i limiti di tale diritto, sicché non comporta violazione del divieto del cumulo del petitorio con il possessorio l'indagine del giudice su detta prevenzione, volta unicamente a stabilire l'estensione delle facoltà rispetto alle quali il possessore può ricevere tutela; c) da ultimo, **Sez. 2, n. 12089/2019, Abete, Rv. 654076-01** chiarisce più in generale che le dichiarazioni rese dagli informatori nella fase a cognizione sommaria del giudizio possessorio sono comunque idonee a fornire, in sede di decisione di merito, elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice, cui lo stesso può validamente fare ricorso per la formazione del proprio convincimento.

Per quanto attiene alle azioni di nunciazione, invece, la novella del 2005 ha solo previsto l'eventualità della fase di merito, ma non ha mutato la struttura originaria del procedimento, la cui fase cautelare termina con l'ordinanza di accoglimento o rigetto del giudice monocratico o del collegio in caso di reclamo, mentre il successivo processo di cognizione richiede un'autonoma domanda di merito.

Ove tali azioni siano proposte nei confronti della P.A. e qualora il *petitum* sostanziale della domanda fondi sulla tutela di un diritto soggettivo, non coinvolgendo la contestazione della legittimità di atti o provvedimenti ricollegabili all'esercizio di poteri discrezionali spettanti alla pubblica amministrazione, **Sez. U, n. 30009/2019, De Stefano, Rv. 656069-01**, ha affermato la giurisdizione del g.o., con la conseguenza per cui, quando fonte del danno siano il "se" o il "come" dell'opera progettata, e non le sole sue concrete modalità esecutive, la *causa petendi* involge un comportamento della pubblica amministrazione (o di chi per essa ha agito) che si traduce in manifestazione del potere autoritativo di quella - qualificandosi necessario, per le sue caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, al raggiungimento del risultato da perseguire, e non già meramente occasionato dall'esercizio del potere medesimo - con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulle pretese del privato basate sull'illegittimità dell'azione pubblica.

CAPITOLO V

COMUNIONE E CONDOMINIO

(DI VITTORIO CORASANITI - VALERIA PIRARI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le parti comuni nel condominio di edifici. - 3. Il godimento della cosa comune. - 4. Le innovazioni. - 5. La responsabilità del condominio. - 6. Il regolamento di condominio. - 7. La ripartizione delle spese condominiali. - 8. L'amministratore.coordinat

- 9. L'assemblea e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari.

1. Premessa.

Nel corso del 2019, nella produzione giurisprudenziale in materia condominiale, che di seguito verrà illustrata, si segnalano diverse pronunce della S.C. che, talvolta, ha operato interessanti specificazioni di principi elaborati negli anni pregressi, talaltra ha sviluppato nuovi profili alla luce della novella introdotta con la legge 11 dicembre 2012, n. 220, recante "Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici". Per quanto più specificamente concerne, invece, le pronunzie in tema di comunione, si rinvia - in aggiunta rispetto a quanto verrà illustrato nel presente capitolo - agli approfondimenti contenuti nel Capitolo IV, della parte II, "*sub*" §§ 5 e 5.1, nonché nel Capitolo VI, "*sub*" § 7.

2. Le parti comuni nel condominio di edifici.

L'art. 1117 c.c., norma che introduce la disciplina codicistica del condominio, individua, con elencazione non tassativa, i beni che sono presuntivamente di proprietà e godimento comune in relazione alla loro funzione e al collegamento strutturale con le unità immobiliari di proprietà esclusiva costituenti il condominio.

Secondo Sez. 2, n. 00884/2018, Scarpa, Rv. 647073-01, la disciplina del condominio degli edifici è ravvisabile ogni qual volta sia accertato in fatto un rapporto di accessorietà necessaria che lega alcune parti comuni - quali quelle elencate in via esemplificativa dall'art. 1117 c.c. - ad unità o porzioni di proprietà individuale, delle quali le prime rendono possibile l'esistenza stessa o l'uso.

Affermazione, questa, che si pone in sintonia con l'orientamento, già sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui il presupposto perché si instauri un diritto di condominio su un bene comune è costituito dalla relazione di accessorietà strumentale e funzionale che collega i piani o le porzioni di piano di proprietà esclusiva agli impianti o ai servizi di uso comune, rendendo il godimento del bene comune strumentale al godimento del bene individuale e non suscettibile

di autonoma utilità, come avviene invece nella comunione (Sez. 2, n. 04973/2007, Trombetta, Rv. 596943-01).

In attuazione di tale principio, afferma Sez. 2, n. 10073/2018, Fortunato, Rv. 648166-01, per ritenersi operante la presunzione dell'art. 1117 c.c. è indispensabile e preliminare la verifica della sussistenza del legame di essenziale indissolubilità e/o di accessorietà tra il bene di proprietà singola e gli altri beni, nel senso che ove quell'accessorietà manchi in concreto, detti beni non possono presumersi - già solo per questo fatto - comuni a tutti i condomini senza che occorra verificare la sussistenza di un titolo contrario alla suddetta presunzione, e, a tal fine, fare riferimento all'atto costitutivo del condominio. Dunque, quando il bene, anche se rientrante nell'elencazione di cui all'art. 1117 c.c., per obiettive caratteristiche strutturali e funzionali, serva in modo esclusivo al godimento di una parte dell'edificio in condominio, la quale formi oggetto di un autonomo diritto di proprietà, viene meno il presupposto per il riconoscimento di una contitolarità necessaria di tutti i condomini, giacché la destinazione particolare vince la presunzione legale di comunione, alla stessa stregua di un titolo contrario.

Circa l'ambito di operatività della previsione normativa da ultimo richiamata, **Sez. 6-2, n. 17022/2019, Scarpa, Rv. 654613-01**, chiarisce che la presunzione legale di condominialità stabilita dall'art. 1117 c.c. è applicabile anche quando non si tratti di parti comuni di uno stesso edificio, bensì di edifici limitrofi ed autonomi, oggettivamente e stabilmente destinati alla conservazione, all'uso od al servizio di detti immobili, ancorché insistenti sull'area appartenente al proprietario di uno solo degli stessi; la presunzione è tuttavia invocabile solo se l'area e gli edifici siano appartenuti ad una stessa persona - o a più persone *pro indiviso* - nel momento della costruzione della cosa o del suo adattamento o trasformazione all'uso comune, mentre, nel caso in cui l'area sulla quale siano state realizzate le opere destinate a servire i due edifici sia appartenuta sin dall'origine ai proprietari di uno solo di essi, questi ultimi acquistano per accessione la proprietà esclusiva delle opere realizzate sul loro fondo, anche se poste in essere per un accordo intervenuto tra tutti gli interessati ovvero con il contributo economico dei proprietari degli altri stabili.

Nella medesima pronuncia si puntualizza, inoltre, che, per stabilire la condominialità di un fabbricato adiacente ad altro stabile, l'esistenza dei presupposti di operatività della presunzione di proprietà comune, *ex art. 1117 c.c.*, va accertata con riferimento al momento della nascita del condominio, restando escluso che sia determinante il collegamento materiale tra i due immobili eseguito successivamente alla sua costituzione.

Del resto, che il nesso di condominialità - presupposto dalla regola di attribuzione di cui all'art. 1117 c.c. - sia ravvisabile in molteplici tipologie costruttive è confermato da **Sez. 2, n. 23001/2019, Scarpa, Rv. 655243-01**, a condizione che

le diverse parti siano dotate di strutture portanti e di impianti essenziali comuni, se il contrario non risulta dal titolo; tale nesso, chiarisce la pronuncia, è configurabile anche per un insieme di edifici indipendenti, ovvero quando manchi un così stretto nesso strutturale, materiale e funzionale, ciò ricavandosi dagli artt. 61 e 62 disp. att. c.c., che consentono lo scioglimento del condominio nel caso in cui un gruppo di edifici si possa dividere in parti che abbiano le caratteristiche di "edifici autonomi", anche se restano in comune con gli originari partecipanti alcune delle cose indicate dall'articolo 1117 c.c.

Il criterio dell'attitudine funzionale del bene al servizio o al godimento collettivo ha orientato le pronunce della S.C. in plurime fattispecie concrete.

Secondo **Sez. 2, n. 22339/2019, Casadonte, Rv. 654922-01**, il lastrico solare, anche se accessibile unicamente da un appartamento in proprietà esclusiva, rientra tra le parti comuni dell'edificio, essendo irrilevanti le contrarie indicazioni catastali che ne indichino l'eventuale natura privata, in quanto preordinate a fini solo fiscali ed aventi, pertanto, in concrete circostanze soltanto il valore di semplici indizi, essendo al contrario necessario, per l'acquisto della proprietà di un bene immobile a titolo derivativo, un contratto avente forma scritta *ad substantiam*. Ciò perché, si chiarisce in parte motiva, il lastrico solare, quale superficie terminale dell'edificio, svolge l'indefettibile funzione primaria di protezione dell'edificio medesimo, pur potendo essere utilizzato per altri usi accessori e, in particolare, come terrazzo.

Nondimeno, puntualizza **Sez. 2, n. 07563/2019, Oliva, Rv. 653149-01** che, nell'ipotesi di cessione in proprietà ad un terzo del lastrico solare e del diritto di sopraelevazione, effettuata da chi ne era titolare anteriormente alla costituzione del condominio, non solo il lastrico solare rimane escluso dalla presunzione legale di proprietà comune, ma, nel caso di sopraelevazione, il nuovo lastrico rimane di proprietà del titolare del precedente lastrico, indipendentemente dalla proprietà della costruzione. Il diritto di superficie, infatti, salvo che il titolo non ponga limiti di altezza al diritto di sopraelevazione, non si esaurisce con l'erezione della costruzione sul lastrico, né il nuovo lastrico si trasforma in bene condominiale, poiché il titolare della superficie, allorché eleva una nuova costruzione, anche se entra automaticamente nel condominio per le parti comuni ad esso, ha un solo obbligo nei confronti dello stesso, cioè quello di dare un tetto all'edificio, restando, tuttavia, sempre titolare del diritto di sopralzo, che è indipendente dalla proprietà della costruzione.

Afferma, poi, **Sez. 6-2, n. 01422/2019, Scarpa, Rv. 652345-01**, che i lucernari di pertinenza delle unità immobiliari di proprietà esclusiva, anche se inseriti nella facciata dello stabile condominiale, non rientrano fra le parti necessarie o comunque destinate all'uso comune, salvo che, per la peculiare conformazione architettonica del fabbricato, assolvano alla prevalente funzione di proteggere o di rendere

esteticamente gradevole l'intero edificio (in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva accertato la natura di bene comune di un lucernario di pertinenza di un appartamento sul presupposto che lo stesso contribuisse a formare la struttura architettonica dell'edificio condominiale e non in base al criterio della specifica e prevalente attitudine protettiva o decorativa dell'intero fabbricato).

E ancora, precisa **Sez. 2, n. 23001/2019, Scarpa, Rv. 655243-02**, non rientrano fra le parti comuni elencate nell'art. 1117 c.c., neppure sotto l'aspetto di "parte dell'edificio necessaria all'uso comune", le autorimesse e i locali commerciali, anche se situati nel perimetro dell'edificio condominiale; né, ai fini dell'accertamento della loro appartenenza al condominio, può assumere rilievo il regolamento condominiale di formazione assembleare (o la planimetria ivi riportata), non costituendo esso un titolo di proprietà, ove non si tratti di regolamento espressione di autonomia negoziale, approvato o accettato col consenso individuale dei singoli condomini.

Specifica, tuttavia, **Sez. 2, n. 16070/2019, Scarpa, Rv. 654086-01** che i cortili (e, successivamente all'entrata in vigore della l. n. 220 del 2012, le aree destinate a parcheggio) rientrano, salvo una espressa riserva di proprietà nel titolo originario di costituzione del condominio, tra le parti comuni dell'edificio e la loro trasformazione in un'area edificabile destinata all'installazione, con stabili opere edilizie, di autorimesse a beneficio soltanto di alcuni condomini, sebbene possa incidere sulla regolamentazione del loro uso, non ne comporta, sotto il profilo dominicale, una sottrazione al regime della condominialità (nella specie, la S.C. ha evidenziato come la realizzazione delle autorimesse nel cortile condominiale, sia pure in base ad una concessione rilasciata su richiesta di alcuni condomini, ne aveva determinato, in assenza di accordo rivestente la forma scritta, l'acquisto, per accessione e *pro indiviso*, in favore di tutti i condomini).

E ancora, con riferimento alla zona esistente in profondità al di sotto dell'area superficiaria che è alla base dell'edificio, afferma **Sez. 6-2, n. 29925/2019, Scarpa, Rv. 656251-01**, che tale zona, in mancanza di un titolo che ne attribuisca la proprietà esclusiva ad alcuno dei condomini, rientra per presunzione tra le parti comuni, sicchè nessun condomino può, senza il consenso degli altri, procedere all'escavazione del sottosuolo per ricavarne nuovi locali o per ingrandire quelli preesistenti, in quanto, attraendo la cosa comune nell'orbita della sua disponibilità esclusiva, limiterebbe l'altrui uso e godimento ad essa pertinente.

Da ultimo, sul tema dell'indivisibilità delle parti comuni e, segnatamente, della portata dell'art. 1119 c.c. nel nuovo testo modificato dall'art. 4 della l. n. 220 del 2012, di particolare interesse è quanto affermato da **Sez. 2, n. 26041/2019, Sabato, Rv. 655468-01**, la quale ha chiarito che la norma va interpretata nel senso

che "le parti comuni dell'edificio non sono soggette a divisione", a meno che - per la divisione giudiziativa - "la divisione possa farsi senza rendere più incomodo l'uso della cosa a ciascun condomino" e - per la divisione volontaria - a meno che non sia concluso contratto che riporti, in scrittura privata o atto pubblico, il "consenso di tutti i partecipanti al condominio"; quest'ultimo requisito non è richiesto per la divisione giudiziativa.

Nel corso del 2019, peraltro, la S.C. ha affrontato, in materia, anche alcune rilevanti questioni di carattere processuale.

Segnatamente, in tema di litisconsorzio, afferma **Sez. 2 n. 08695/2019 Scarpa, Rv. 653486-01**, che nei giudizi promossi dall'amministratore a tutela delle parti comuni, l'intervento del singolo condomino si connota come intervento adesivo autonomo, ovvero quale costituzione di una delle parti originarie in senso sostanziale, determinatasi a far valere le proprie ragioni direttamente e non più tramite il rappresentante comune, sicché, configurandosi un unico giudizio con pluralità di parti, si determina tra queste ultime un litisconsorzio processuale necessario.

Ne consegue, sempre secondo **Sez. 2, n. 08695/2019 Scarpa, Rv. 653486-02**, che l'omessa notificazione dell'atto di appello al condomino intervenuto nel giudizio di primo grado, promosso dall'amministratore del condominio a tutela dei beni comuni, determina la nullità della sentenza, derivante dalla mancata integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., rilevabile d'ufficio nel giudizio di legittimità anche se la parte pretermessa si costituisce volontariamente, accettando senza riserve la decisione di secondo grado, trattandosi di una nullità determinata dal giudice, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, in relazione alla quale non opera il temperamento stabilito dall'art. 157, comma 3, c.p.c., secondo cui la nullità non può essere fatta valere dalla parte che vi ha dato causa.

Chiarisce poi **Sez. 2, n. 10745/2019, Giannaccari, Rv. 653562-01**, che ove un condomino, convenuto in un giudizio di rivendica di un bene comune, proponga un'eccezione riconvenzionale di usucapione, al fine limitato di paralizzare la pretesa avversaria, non si configura un'ipotesi di litisconsorzio necessario in relazione ai restanti comproprietari, risolvendosi detta eccezione, che pur amplia il *thema decidendum*, in un accertamento *incidenter tantum*, destinato a valere soltanto fra le parti. Invece, in caso di domanda riconvenzionale di usucapione, il contraddittorio va esteso a tutti i condomini perché l'azione è diretta ad ottenere un effetto di giudicato esteso a questi ultimi.

E ancora, precisa **Sez. 2, n. 23564/2019, Abete, Rv. 655354-01**, l'azione diretta alla demolizione di un bene comune a più persone, dovendo necessariamente essere proposta nei confronti di tutte, dà vita ad una ipotesi di litisconsorzio necessario, con la conseguenza che, ove, nel giudizio di primo grado, sia mancata l'integrazione

del contraddittorio nei confronti degli interessati non citati a comparire, il giudice di appello è tenuto a rimettere la causa al primo giudice a norma dell'art. 354 c.p.c., per la riassunzione del giudizio nei confronti di costoro.

In ambito monitorio si segnala **Sez. 2, n. 14082/2019, Casadonte, Rv. 654180-01**, secondo cui nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi condominiali, l'accertamento in un altro giudizio dell'esclusione del rapporto di condominialità e della conseguente insussistenza dell'obbligo di concorrere alle spese, in quanto antecedente logico, è rilevante, in termini di giudicato esterno ed impedisce la riapertura della questione in difetto di elementi sopravvenuti.

Inoltre, secondo **Sez. 2, n. 19832/2019, Picaroni, Rv. 654973-01**, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di oneri condominiali, non opera il limite alla rilevabilità anche officiosa dell'invalidità della sottostante delibera, trattandosi di elemento costitutivo della domanda di pagamento.

Sul diverso versante della legittimazione processuale, spiega **Sez. U, n. 10934/2019, D'Ascola, Rv. 653787-01**, che nelle controversie condominiali che investono i diritti dei singoli condomini sulle parti comuni, ciascun condomino ha, in considerazione della natura dei diritti contesi, un autonomo potere individuale - concorrente, in mancanza di personalità giuridica del condominio, con quello dell'amministratore - di agire e resistere a tutela dei suoi diritti di comproprietario *pro quota*, sicché è ammissibile il ricorso incidentale tardivo del condomino che, pur non avendo svolto difese nei precedenti gradi di merito, intenda evitare gli effetti sfavorevoli della sentenza pronunciata nei confronti del condominio senza risentire dell'analoga difesa già svolta dallo stesso.

Non meno rilevante, in tema di espropriazione dei crediti per contributi dovuti dai condomini, è quanto affermato da **Sez. 3, n. 12715/2019, Tatangelo, Rv. 653784-01**, secondo cui il creditore del condominio che disponga di un titolo esecutivo nei confronti del condominio stesso ha facoltà di procedere all'espropriazione di tutti i beni comuni, ai sensi degli artt. 2740 e 2910 c.c., ivi inclusi i crediti vantati dal medesimo condominio verso i singoli condomini per i contributi da loro dovuti in base a stati di ripartizione approvati dall'assemblea, e, in tal caso, la relativa esecuzione forzata deve svolgersi nelle forme dell'espropriazione dei crediti presso terzi di cui agli artt. 543 ss. c.p.c. (nella specie, la S.C. ha precisato che non veniva in rilievo il principio di parziarietà delle obbligazioni condominiali).

3. Il godimento della cosa comune.

La norma regolatrice, in questa materia, è costituita dall'art. 1102 c.c., dettata in tema di comunione, ma applicabile anche al condominio in forza del richiamo operato dall'art. 1139 c.c.

Tale disposizione, nel permettere a ciascun partecipante di servirsi della cosa comune e di apportarvi anche le modificazioni necessarie per il migliore godimento, pone come condizione limitativa il divieto di alterarne la destinazione e il divieto di impedire agli altri partecipanti di farne parimenti uso, secondo il loro diritto. Osservati questi limiti, ogni singolo partecipante può trarre dalla cosa comune le utilità che la stessa è in grado di fornire ed apportarvi, a sue spese, tutte quelle modificazioni suscettibili del migliore godimento di essa.

Trattasi di norma avente portata generale, ma non inderogabile, come chiarito da Sez. 2, n. 02114/2018, Carrato, Rv. 647302-01, secondo cui i suddetti limiti possono anche essere resi più rigorosi dal regolamento condominiale, o da delibere assembleari adottate con il *quorum* prescritto dalla legge, fermo restando che non è consentita l'introduzione di un divieto di utilizzazione generalizzato delle parti comuni.

Pacifico in giurisprudenza che la nozione di pari uso della cosa comune, agli effetti dell'art. 1102 cod. civ., non va intesa nei termini di assoluta identità dell'utilizzazione del bene da parte di ciascun comproprietario (Sez. 2, n. 07466/2015, Nuzzo Rv. 635044-01), potendo ognuno di essi trarre dalla cosa una utilità maggiore e più intensa di quella degli altri comproprietari, purché non venga alterata la destinazione del bene o compromesso il diritto al pari uso da parte di questi ultimi (Sez. 2, n. 22341/2009, Mazziotti Di Celso, Rv. 610539-01), puntualizza Sez. 2, n. 09278/2018, Carrato, Rv. 648086-01, che, al fine di stabilire se l'utilizzo più intenso del singolo sia consentito ai sensi dell'art. 1102 c.c., deve aversi riguardo non all'uso concreto fatto dagli altri condomini in un determinato momento, ma a quello potenziale in relazione ai diritti di ciascuno. In ogni caso, prosegue la pronuncia da ultimo citata, l'uso più intenso deve ritenersi permesso se l'utilità aggiuntiva ricavata dal singolo comproprietario non sia diversa da quella derivante dalla destinazione originaria del bene, sempre che tale uso non dia luogo ad una servitù a carico del suddetto bene comune.

Qualora, tuttavia, il "miglior uso" della cosa comune per il maggior godimento del bene di proprietà travalichi il perimetro di operatività dell'art. 1102 c.c. in ambito condominiale, si è in presenza di un utilizzo illecito.

In applicazione di tali principi generali, chiarisce **Sez. 2, n. 05132/2019, Besso Marcheis, Rv. 652584-01**, che l'esercizio della facoltà di ogni condomino di servirsi della cosa comune, nei limiti indicati dall'art. 1102 c.c., deve esaurirsi nella sfera

giuridica e patrimoniale del diritto di comproprietà sulla cosa stessa e non può essere esteso, quindi, per il vantaggio di altre e diverse proprietà esclusive del medesimo condomino perché, in tal caso, si verrebbe ad imporre una servitù sulla *res* comune in favore di beni estranei alla comunione, per la cui costituzione è necessario il consenso di tutti i comproprietari. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto fosse stata illegittimamente costituita una servitù di passaggio in un caso nel quale una società, proprietaria del primo piano interrato di un edificio condominiale, aveva creato un accesso in favore di un adiacente terreno di sua proprietà, adibito a parcheggio, praticando tre varchi nella recinzione posta sul confine tra gli immobili).

Quanto poi alla portata della previsione di cui all'art. 1102 c.c. sull'uso della cosa comune da parte di ciascun partecipante, puntualizza **Sez. 6-2, n. 07618/2019, Scarpa, Rv. 653374-01**, che la menzionata disposizione non pone alcun limite minimo di tempo e di spazio per l'operatività delle limitazioni del predetto uso, pertanto può costituire abuso anche l'occupazione per pochi minuti del cortile comune che impedisca agli altri condomini di partecipare al godimento dello spazio oggetto di comproprietà. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva vietato il parcheggio di motoveicoli nello spazio del cortile condominiale, prospiciente l'immobile di proprietà di uno dei condomini, senza dare rilievo alla sporadicità o saltuarietà delle soste, bastando che queste ostacolassero l'accesso a tale immobile).

Da ultimo, afferma **Sez. 2, n. 32437/2019, Abete, Rv. 656216-01**, che è illegittima l'apertura di un varco praticata nel muro perimetrale dell'edificio condominiale da un comproprietario al fine di mettere in comunicazione un locale di sua proprietà esclusiva, ubicato nel medesimo fabbricato, con altro immobile pure di sua proprietà ma estraneo al condominio, comportando tale utilizzazione la cessione del godimento di un bene comune in favore di soggetti non partecipanti al condominio, con conseguente alterazione della destinazione, giacché in tal modo viene imposto sul muro perimetrale un peso che dà luogo a una servitù, per la cui costituzione è necessario il consenso scritto di tutti i condomini.

4. Le innovazioni.

L'art. 1120 c.c., nella formulazione previgente alla novella introdotta con la l. n. 220 del 2012, stabiliva che i condomini potessero deliberare innovazioni dirette al miglioramento o all'uso più comodo o al maggior rendimento delle cose comuni e che fossero vietate quelle che potessero “*recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato*”, che ne alterassero il decoro architettonico o che rendessero talune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo

condomino. A decorrere dal 18 giugno 2013, trova invece applicazione il nuovo testo dell'art. 1120 citato, a mente del quale i condomini, con la maggioranza indicata dal secondo comma dell'articolo 1136 c.c., possono disporre le innovazioni che, nel rispetto della normativa di settore, riguardino: 1) le opere e gli interventi volti a migliorare la sicurezza e la salubrità degli edifici e degli impianti; 2) le opere e gli interventi previsti per eliminare le barriere architettoniche, per il contenimento del consumo energetico degli edifici e per realizzare parcheggi destinati a servizio delle unità immobiliari o dell'edificio, nonché per la produzione di energia mediante l'utilizzo di impianti di cogenerazione, fonti eoliche, solari o comunque rinnovabili da parte del condominio o di terzi che conseguano a titolo oneroso un diritto reale o personale di godimento del lastrico solare o di altra idonea superficie comune; 3) l'installazione di impianti centralizzati per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti fino alla diramazione per le singole utenze, ad esclusione degli impianti che non comportano modifiche in grado di alterare la destinazione della cosa comune e di impedire agli altri condomini di farne uso secondo il loro diritto. E' rimasto, invece, inalterato il divieto di innovazioni che possano recare pregiudizio alla stabilità o alla sicurezza del fabbricato, che ne alterino il decoro architettonico o che rendano talune parti comuni dell'edificio inservibili all'uso o al godimento anche di un solo condomino.

A questo riguardo **Sez. 2, n. 12805/2019, Scarpa, Rv. 653818-01**, nell'esaminare una causa nella quale il condomino ricorrente lamentava l'avvenuta violazione della disposizione di cui all'art. 1120, comma 2, c.c. nella formulazione previgente alla novella del 2012, in quanto l'eseguito allungamento dei gradini delle scale condominiali aveva corrispondentemente determinato la riduzione del pianerottolo antistante la sua abitazione, ha evidenziato come il concetto di inservibilità all'uso o al godimento anche di un solo condomino, espresso nella norma, non sia riconducibile al mero disagio da questo subito rispetto alla normale utilizzazione del bene comune, coesistente al concetto di innovazione, ma si riferisca alle ipotesi di sensibile menomazione dell'utilità della porzione comune, secondo la sua originaria costituzione, o di concreta inutilizzabilità della *res communis*, secondo la sua naturale fruibilità (in termini analoghi, **Sez. 2, n. 21342/2018, Picaroni, Rv. 650035-01**), e ha quindi affermato la nullità della delibera adottata in violazione della suddetta disposizione, in quanto il suo oggetto, ledendo i diritti individuali del condomino su una parte comune dell'edificio, non rientra nella competenza dell'assemblea. Si è anche sostenuto che l'indagine volta a stabilire se, in concreto, un'innovazione determini una sensibile menomazione dell'utilità che il condomino ritraeva dalla parte comune, secondo l'originaria costituzione della comunione, ovvero se la stessa, recando utilità ai restanti condomini, comporti

soltanto per uno o alcuni di loro un pregiudizio limitato, che non sia tale da superare i limiti della tollerabilità, è demandata al giudice del merito e non può essere oggetto di apprezzamento in sede di legittimità, se non nei limiti di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

In termini analoghi si è espressa **Sez. 2, n. 21909/2019, Correnti, Rv. 655211-01**, allorché ha ritenuto affetta da nullità e, in quanto tale, sottratta al termine decadenziale di cui all'art. 1137 c.c., la delibera che aveva stabilito l'installazione di un ascensore inidoneo a raggiungere l'ultimo piano, nel quale si trovava l'unità immobiliare del ricorrente, sostenendo che la stessa incidesse, da un lato, sul diritto del singolo (proprietario dell'ultimo piano) rispetto all'utilizzo del bene comune (ascensore), impedendogliene in tal modo un uso pieno, e, dall'altro, sul valore della proprietà esclusiva, così discostandosi dalla decisione del giudice del merito che aveva, per contro, escluso apoditticamente che l'utilizzo dell'ascensore potesse essere annoverato tra i diritti individuali inviolabili.

I limiti posti dall'art. 1120 c.c. alla possibilità di apportare innovazioni alle quote comuni, valgono anche quando una clausola del regolamento condominiale, di natura convenzionale, imponga il consenso preventivo dell'amministratore o dell'assemblea, per qualsiasi opera compiuta dai singoli condomini sulle parti condominiali. A questo riguardo, infatti, **Sez. 6-2, n. 29924/2019, Scarpa, Rv. 656250-01**, ha stabilito che, pur dovendosi riconoscere all'assemblea, nell'esercizio dei suoi poteri di gestione, la facoltà di ratificare o convalidare *ex post* le attività che siano state compiute da alcuno dei partecipanti in difetto della necessaria preventiva autorizzazione, resta salvo l'interesse processuale di ciascun condomino ad agire in giudizio per contestare il determinato uso fatto della cosa comune e il potere dell'assemblea di consentirlo, ove esso risulti comunque lesivo del decoro architettonico del fabbricato, non dando ciò luogo ad un sindacato dell'autorità giudiziaria sulle valutazioni del merito o sulla discrezionalità di cui dispone l'assemblea.

5. La responsabilità del condominio.

Il condominio è custode delle parti comuni e di quelle che, indipendentemente dall'assetto proprietario, sono funzionalmente asservite alle proprietà esclusive.

E' stato, tuttavia, affermato che quando un condominio abbia affidato, con contratto, la manutenzione dell'impianto tecnico, di cui sia proprietario, ad un terzo tecnicamente esperto, spetta al medesimo il diritto di rivalersi su quest'ultimo delle somme versate a titolo di risarcimento del danno per l'inquinamento ambientale causato dal carburante fuoriuscito dall'impianto attraverso una griglia posta alla base della vasca di contenimento. Opera infatti il più generale principio secondo cui la

responsabilità del manutentore esperto, quale “terzo responsabile” ai sensi dell’art. 31 della legge 9 gennaio 1991, n. 10, deriva, ai sensi del secondo comma di tale disposizione e dell’art. 1, comma 1, lett. o), del d.P.R. 26 agosto 1993, n. 412, dal fatto che l’affidamento della gestione e manutenzione e, quindi, della custodia dell’impianto, comporta lo spostamento della responsabilità dal proprietario al delegato, ove il contratto di manutenzione risponda alle prescrizioni della citata legge n. 10 del 1991 e il delegato sia iscritto in apposito albo, possieda conoscenze tecniche adeguate alla complessità dell’impianto ed idonea capacità tecnica, economica e organizzativa, non coincida con il fornitore dell’energia e non deleghi a terzi l’attività di manutenzione (così **Sez. 3, n. 13966/2019, Iannello, Rv. 654090-01**).

6. Il regolamento di condominio.

Secondo l’art. 1138 c.c., è prescritta l’adozione di un regolamento condominiale quando il numero dei condomini sia superiore a dieci. Il regolamento, che costituisce espressione dell’autonomia organizzativa nel condominio, deve contenere le norme circa l’uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, secondo i diritti e gli obblighi spettanti a ciascun condomino, nonché le norme per la tutela del decoro dell’edificio e quelle relative all’amministrazione. Il regolamento condominiale si distingue dal regolamento contrattuale, che postula una “convenzione” intervenuta tra tutti i condomini in via contestuale ovvero mediante adesione di tutti gli acquirenti, attraverso i loro “atti di acquisto”, ad un testo di regolamento predisposto dall’originario proprietario alienante.

Spiega **Sez. 2, n. 08940/2019, Bertuzzi, Rv. 653559-01**, che le clausole del regolamento di condominio che disciplinano l’organizzazione della gestione dei beni comuni, incluse quelle relative alla redazione del bilancio, avendo esso ad oggetto le spese relative ai beni medesimi ed ai servizi condominiali, sebbene inserite in un regolamento contrattuale, non hanno natura negoziale e possono, perciò, essere modificate a maggioranza dall’assemblea condominiale.

7. La ripartizione delle spese condominiali.

L’art. 1123, comma 1, c.c. stabilisce il criterio generale di ripartizione delle spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell’edificio, per la prestazione dei servizi nell’interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza. Secondo la predetta disposizione, tali spese sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione.

Premesso, dunque, che la disciplina legale di ripartizione delle spese per la conservazione e per il godimento delle parti comuni è, in linea di principio, derogabile (Sez. 2, n. 04844/2017, Orilia, Rv. 643057-02), in tema di revisione e modificazione delle tabelle millesimali chiarisce **Sez. 2, n. 26042/2019, Sabato, Rv. 655469-01**, che le tabelle millesimali possono esistere (o non esistere) indipendentemente dal regolamento condominiale, la loro allegazione rappresentando un fatto meramente formale che non muta la natura di entrambi gli atti. Nondimeno, in base al combinato disposto degli artt. 68 disp. att. c.c. e 1138 c.c., l'atto di approvazione (o di revisione) delle tabelle, avendo veste di deliberazione assembleare, deve rivestire la forma scritta *ad substantiam*, dovendosi, conseguentemente, escludere approvazioni per *facta concludentia*.

Sul piano generale, afferma **Sez. 2, n. 06010/2019, Fortunato, Rv. 652771-01**, che in tema di condominio di edifici, se le cose comuni sono destinate a servire i condomini in misura diversa, le spese, a meno che non vi sia un diverso accordo adottato all'unanimità dalle parti, vanno ripartite in proporzione all'uso che ogni condomino può farne, come stabilito dall'art. 1123, comma 2, c.c.

Affermazione, questa, che si pone in linea di continuità con quanto precedentemente sostenuto da Sez. 2, n. 6359/1996, Fantacchiotti, Rv. 498541-01, in cui si afferma, appunto, che il criterio di ripartizione delle spese per la conservazione ed il godimento delle parti comuni, previsto dal primo comma dell'art. 1123 cod. civ., non si applica quando si tratta di cose destinate a servire i condomini in misura diversa, per le quali, a meno che non vi sia un diverso accordo delle parti, il criterio è, invece, quello della proporzionalità tra spese ed uso stabilito dal secondo comma del medesimo articolo.

Di particolare interesse, sul tema della ripartizione delle spese, è quanto affermato da **Sez. 2, n. 13229/2019, Scarpa, Rv. 653822-01**, in cui si legge che ai fini della corretta ripartizione delle spese di risanamento di alcuni pilastri di un complesso immobiliare costituito da corpi di fabbrica separati da giunti tecnici, strutturalmente portanti l'intero complesso, siccome necessari per sostenere non solo l'edificio sovrastante, ma anche elementi comuni agli altri edifici (nella specie, un camminamento su un porticato esterno condominiale), trova applicazione il criterio generale di cui all'art. 1123, comma 1, c.c., secondo il quale tutti i condomini sono tenuti al pagamento "*pro-quota*", non rilevando la titolarità del diritto di proprietà, quanto la funzione della parte dell'edificio bisognosa degli interventi di ristrutturazione.

Con riferimento, poi, alle spese di conservazione del tetto di un edificio condominiale, merita menzionare **Sez. 6-2, n. 24927/2019, Scarpa, Rv. 655286-01**, in cui si afferma che la relativa ripartizione va effettuata - salvo che si tratti di tetto di proprietà esclusiva, assimilato al lastrico solare e, perciò, soggetto

all'applicazione dell'art. 1126 c.c. - tra tutti i condomini in misura proporzionale al valore delle singole proprietà esclusive, ai sensi della prima parte dell'art. 1123 c.c., trattandosi di bene rientrante, per la funzione necessaria all'uso collettivo, tra le cose comuni, in quanto deputato a preservare l'edificio condominiale da agenti atmosferici e dalle infiltrazioni d'acqua piovana e non riconducibile, per contro, fra quelle parti suscettibili di destinazione al servizio dei condomini in misura diversa, ovvero al godimento di alcuni condomini e non di altri, di cui all'art. 1123, commi 2 e 3, c.c. (Nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia di merito, che aveva ravvisato l'obbligo di un condomino di concorrere alle spese di manutenzione del tetto del fabbricato, seppur non sovrastante alcuna unità immobiliare di sua proprietà esclusiva, in quanto strutturalmente destinato anche alla protezione dell'atrio comune).

Quanto agli oneri riguardanti le spese effettuate per fini individuali, come quelle postali e i compensi dovuti all'amministratore in dipendenza di comunicazioni e chiarimenti su comunicazioni ordinarie e straordinarie, chiarisce **Sez. 2, n. 12573/2019, Oricchio, Rv. 653813-01**, che essi sono inquadrabili nell'ambito dell'art. 1123, comma 2, c.c., purché sia concretamente valutata la natura dell'attività resa al singolo condomino e la conseguente addebitabilità individuale o meno ad esso dei relativi costi.

In ultimo, è utile segnalare, per il periodo in rassegna, quanto argomentato da **Sez. 2, n. 28282/2019, Scarpa, Rv. 655689-01**, secondo cui le spese del riscaldamento centralizzato di un edificio in condominio, ove sia stato adottato un sistema di contabilizzazione del calore, devono essere ripartite in base al consumo effettivamente registrato, risultando perciò illegittima una suddivisione di tali oneri - sia pure solamente parziale - alla stregua dei valori millesimali delle singole unità immobiliari, né potendo a tal fine rilevare i diversi criteri di riparto dettati da una delibera di giunta regionale, che pur richiami specifiche tecniche a base volontaria, in quanto atto amministrativo comunque inidoneo ad incidere sul rapporto civilistico tra condomini e condominio. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza gravata, la quale aveva ritenuto legittima una delibera condominiale che, in presenza di un sistema di contabilizzazione del calore, aveva ripartito le spese di riscaldamento per il metano al 50% in base al consumo registrato e, per il restante 50%, in base ai millesimi di proprietà, secondo quanto previsto dal punto 10.2 della Delibera della Giunta regionale della Lombardia n. IX/2601 del 30 novembre 2011).

8. L'amministratore.

L'art. 1129 c.c., nella formulazione attualmente vigente, prevede che quando i condomini siano più di otto, la nomina dell'amministratore, se l'assemblea non vi

provvede, è fatta dall'autorità giudiziaria su ricorso di uno o più condomini o dell'amministratore dimissionario e che la sua revoca può essere deliberata, in ogni momento, dall'assemblea, con la stessa maggioranza prevista per la sua nomina oppure con le modalità previste dal regolamento di condominio, o può essere disposta dall'autorità giudiziaria, su richiesta di ciascun condomino, nei casi previsti dall'art. 1131 c.c., se non viene reso il conto della gestione, o in caso di gravi irregolarità, tra le quali rientrano gli inadempimenti tipizzati nella medesima disposizione in ragione della loro gravità. Il procedimento nell'ambito del quale vengono accertati i presupposti della revoca è quello camerale di cui agli artt. 737 e ss. c.c.

Con riguardo all'eventuale mancata nomina dell'amministratore, **Sez. 2, n. 02279/2019, Fortunato, Rv. 652511-01**, pronunciandosi in merito alla richiesta di costituzione di una servitù di passaggio coattiva su una strada interna comune a due condomini, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto sufficiente la chiamata in giudizio dei loro amministratori e non dei singoli condomini, qualificando la situazione giuridica degli immobili come quella di un c.d. supercondominio, il quale nasce *ipso iure et facto*, ove il titolo non disponga diversamente, in presenza di beni o servizi comuni a più condomini autonomi, dai quali rimane, tuttavia, distinto, e ha escluso, in ragione di ciò, che la sua gestione (e la stessa rappresentanza processuale) sia garantita dagli organi e dagli amministratori dei singoli condomini che lo compongono, stante la loro completa autonomia, in quanto dotato di propri differenti organi, ossia una distinta assemblea e un distinto amministratore, che lo gestiscono attraverso proprie delibere e propri atti. Si è dunque concluso che, in caso di mancata nomina dell'amministratore del c.d. supercondominio, la rappresentanza processuale passiva compete, in via alternativa, ad un curatore speciale scelto *ex art. 65, disp. att. c.c.*, oppure ad un mandatario scelto *ad hoc* dai comproprietari oppure a tutti i titolari delle porzioni esclusive ubicate nei singoli edifici.

Quanto invece alla revoca, **Sez. 6-2, n. 07699/2019, Scarpa, Rv. 653379-01**, ha confermato il consolidato orientamento secondo cui in caso di revoca o annullamento della delibera di nomina dell'amministratore, e tanto più in mancanza di una dichiarazione d'invalidità della medesima delibera, l'amministratore continua ad esercitare legittimamente, in regime di *prorogatio imperii*, i poteri di rappresentanza, anche processuale, dei comproprietari fino all'avvenuta sua sostituzione, in virtù della presunzione di conformità alla volontà dei condomini e nell'interesse del condominio alla continuità dell'amministrazione, e può perciò conferire procura ad un difensore al fine della costituzione in giudizio, affermando che l'accertamento sulla sua legittimazione, in caso di giudizio, spetta d'ufficio al giudice e non è

soggetto ad eccezione di parte perché inerente alla regolare instaurazione del rapporto processuale.

Ed è stata altresì confermata da **Sez. 6-2, n. 07623/2019, Scarpa, Rv. 653375-01**, la non ricorribilità in cassazione *ex art.* 111 Cost. avverso il decreto con il quale la corte di appello provvede sul reclamo in ordine alla domanda di revoca dell'amministratore, in quanto privo dei caratteri di definitività e decisorietà, già asserita in passato (per tutte, *Sez. 6-2, n. 02986/2012, Manna, Rv. 621556-01*; *Sez. 6-2, n. 09348/2017, Scarpa, Rv. 643815-01*), potendo tale provvedimento essere revocato o modificato dalla stessa corte di appello, ai sensi dell'art. 742 c.p.c., per preesistenti vizi di legittimità o per un ripensamento sulle ragioni che indussero ad adottarlo ovvero essere modificato dal tribunale, quale giudice di primo grado, sulla base di fatti sopravvenuti.

I compiti attribuiti all'amministratore sono tracciati nel ridetto art. 1129 c.c., mentre nel successivo art. 1131 c.c. sono indicati i limiti dei poteri di rappresentanza, anche processuale, attribuiti all'amministratore, in stretta connessione con i compiti assegnatigli, analiticamente descritti negli artt. 1130 e 1130 *bis* c.c., tra i quali quello della predisposizione del rendiconto annuale della gestione e della sua presentazione all'assemblea ai fini della sua approvazione (art. 1130, comma 1, n. 10, c.c.).

In merito, **Sez. 6-2, n. 01186/2019, Scarpa, Rv. 652163-01**, dopo avere espressamente qualificato l'amministratore quale mandatario con rappresentanza dei condomini e ravvisato nel rendiconto la principale fonte di prova del suddetto rapporto, ha individuato proprio in questo il documento cui fare riferimento per la quantificazione delle somme dovute dall'amministratore all'atto della cessazione dell'incarico, specificando altresì come l'obbligo di rendiconto sulle somme detenute per conto del condominio possa dirsi adempiuto quando egli, attraverso i necessari documenti giustificativi, abbia fornito la prova non soltanto delle somme incassate e dell'entità e della causale degli esborsi, ma anche di tutti gli elementi funzionali all'individuazione e al vaglio delle modalità di esecuzione dell'incarico, al fine di consentire la verifica sull'adeguatezza ai criteri di buona amministrazione del suo operato.

Come si è detto, all'amministratore è riconosciuta la legittimazione processuale del condominio relativamente alle cause concernenti i beni comuni e rientranti tra i compiti assegnatigli. Pertanto, posto che il condominio ha il diritto di provvedere alla riparazione e alla manutenzione dei beni comuni e ha l'obbligo di farlo per evitare danno alla proprietà dei condomini o di terzi, **Sez. 2, n. 21242/2019, Dongiacomo, Rv. 655203-01**, ha ritenuto che l'amministratore, proprio in ragione di ciò, possa legittimamente agire in giudizio, quando vi sia l'urgenza e l'inderogabile necessità di intervenire su guasti verificatisi all'interno degli appartamenti o dei locali chiusi dei singoli condomini, in mancanza di collaborazione di questi ultimi, per far

valere tale diritto anche in via cautelare, oltretutto di merito, anche quando il regolamento condominiale gli attribuisca la facoltà di accedere all'interno delle predette proprietà, forzando le porte di chiusura, e che, esperita l'azione, il condominio sia esposto al pagamento delle spese di lite (che non siano eccessive o superflue) solo in caso di soccombenza e al risarcimento dei danni per l'attuazione della misura cautelare solo nei casi di cui all'art. 96, comma 2, c.p.c.

Considerato che l'amministratore non è il soggetto passivo del rapporto, ma il rappresentante degli obbligati, la notifica del precetto intimato ad un condominio di edifici, eseguita nei confronti di persona diversa da quella che riveste la carica di amministratore del detto condominio, non può ritenersi idonea a fare assumere al destinatario della notificazione stessa la qualità di soggetto contro cui l'esecuzione forzata è minacciata in proprio, con conseguente difetto di legittimazione del medesimo a proporre opposizione "*iure proprio*" solo per contestare di rivestire la qualifica di amministratore del condominio intimato (in tal senso, **Sez. 2, n. 05151/2019, Scarpa, Rv. 652585-01**).

La legittimazione processuale dell'amministratore sulle cause riguardanti i beni comuni non esclude però quella dei singoli condomini, come chiarito da **Sez. U., n. 10934/2019, D'Ascola, Rv. 653787-01**, già citata in precedenza (cfr. il precedente § 2).

9. L'assemblea e l'impugnazione delle deliberazioni assembleari.

L'assemblea dei condomini è l'organo deliberativo del condominio che provvede, ai sensi dell'art. 1135 c.c., all'adozione di decisioni in merito alla conferma dell'amministratore e alla sua retribuzione, all'approvazione del preventivo delle spese occorrenti e alla ripartizione tra condomini, all'approvazione del rendiconto annuale e all'impiego del residuo attivo e alle opere di manutenzione straordinaria e alle innovazioni, oltre alle questioni elencate negli articoli precedenti.

La costituzione dell'assemblea e la validità delle sue deliberazioni sono disciplinate invece dal successivo art. 1136 c.c.

Ai sensi dell'art. 1137 c.c., le deliberazioni assunte dall'assemblea sono obbligatorie per tutti i condomini e, se contrarie alla legge o al regolamento di condominio, possono essere impugnate da ogni condomino assente, dissenziente o astenuto, davanti all'autorità giudiziaria, nel termine di 30 giorni decorrente dalla data della deliberazione per i dissenzienti o gli astenuti ovvero dalla data della comunicazione della deliberazione per gli assenti.

L'assemblea viene convocata con le modalità di cui all'art. 66, disp. att. c.c., il quale nella formulazione introdotta con la l. n. 220 del 2012, stabilisce, al comma 3, che l'avviso di convocazione debba contenere specifica indicazione dell'ordine del

giorno e debba essere notificato almeno cinque giorni prima della data fissata per l'adunanza.

A quest'ultimo proposito, **Sez. 2, n. 08275/2019, Falaschi, Rv. 653294-01**, confermando il proprio precedente orientamento (cfr. Sez. 2, n. 23396/2017, Sabato, Rv. 645578-01), ha chiarito che, ai fini della prova della decorrenza del termine dilatorio di cinque giorni antecedenti l'adunanza di prima convocazione, condizionante la validità delle deliberazioni, è sufficiente e necessario che il condominio dimostri la data in cui l'avviso di convocazione è pervenuto all'indirizzo del destinatario, *ex art. 1335 c.c.*, trattandosi di atto unilaterale recettizio, sicché, nell'ipotesi in cui lo stesso sia inviato con lettera raccomandata e questa non sia consegnata per l'assenza del destinatario, detta data coincide con quella di rilascio dell'avviso di giacenza del plico presso l'ufficio postale, in quanto idoneo a consentirne il ritiro.

Tra le varie questioni su cui l'assemblea è chiamata a pronunciarsi possono indicarsi quelle afferenti agli interventi di manutenzione delle cose comuni e quelle riguardanti la ripartizione delle spese tra condomini.

In caso di interventi di manutenzione straordinaria, **Sez. 2, n. 25839/2019, Scarpa, Rv. 655467-01**, ha, in particolare, chiarito che la deliberazione dell'assemblea, chiamata a determinarne quantità, qualità e costi, assume valore costitutivo della relativa obbligazione di contribuzione in capo a ciascun condomino, sicché il versamento delle spese che questi esegua in favore del condominio prima che sia intervenuta una completa e definitiva deliberazione di approvazione dell'intervento, configura un pagamento *ab origine* indebito ai sensi dell'art. 2033 c.c., mentre in caso di divisione orizzontale di un appartamento in condominio, ad avviso di **Sez. 2, n. 15109/2019, Picaroni, Rv. 654328-01**, è sempre l'assemblea a dover deliberare il riparto delle spese tra le due porzioni e i rispettivi titolari in ragione dei valori proporzionali espressi in millesimi in base ai criteri sanciti dalla legge, in quanto tale opera, non comportando una notevole alterazione del rapporto originario tra i valori dei singoli piani o porzioni di piano, così come richiesto dall'art. 69 disp. att. c.c., nel testo antecedente alla riforma attuata con la legge n. 220 del 2012 applicabile *ratione temporis*, non incide automaticamente sulle tabelle millesimali ai fini della revisione dei valori delle unità immobiliari.

Secondo quanto stabilito da Sez. U., n. 04806/2005, Elefante, Rv. 579439-01, sono nulle le delibere prive degli elementi essenziali, con oggetto impossibile o illecito (contrario all'ordine pubblico, alla morale o al buon costume) o non rientrante nella competenza dell'assemblea, le delibere che incidono sui diritti individuali sulle cose o servizi comuni o sulla proprietà esclusiva di ognuno dei condomini e quelle comunque invalide in relazione all'oggetto, mentre sono annullabili le delibere con vizi relativi alla regolare costituzione dell'assemblea, quelle

adottate con maggioranza inferiore a quella prescritta dalla legge o dal regolamento condominiale, quelle affette da vizi formali, in violazione di prescrizioni legali, convenzionali, regolamentari, attinenti al procedimento di convocazione o di informazione dell'assemblea, quelle genericamente affette da irregolarità nel procedimento di convocazione, quelle che violano norme richiedenti qualificate maggioranze in relazione all'oggetto.

E' stata ad esempio considerata nulla e come tale non soggetta al rispetto del termine di decadenza di trenta giorni di cui all'art. 1137 c.c., la deliberazione avente ad oggetto l'installazione di un ascensore inidoneo al raggiungimento dell'ultimo piano, in quanto incidente sia sul diritto del singolo (proprietario dell'ultimo piano) rispetto all'utilizzo di un bene comune (ascensore), impedendogliene un uso pieno, sia sul valore della proprietà esclusiva (in tal senso, **Sez. 2, n. 21909/2019, Correnti, Rv. 655211-01**, già citata nei precedenti §§ 3 e 4).

In caso invece di delibera annullabile, **Sez. 2, n. 05611/2019, Scarpa, Rv. 652768-01**, ha sostenuto che la legittimazione ad agire spetti al condomino che sia stato assente all'assemblea nel corso della quale la delibera contestata è stata assunta o che, se presente, abbia espresso in merito il suo dissenso o si sia astenuto, ricadendo sullo stesso l'onere di provare tali circostanze, e che il difetto di detta legittimazione possa, invece, essere rilevato d'ufficio dal giudice, senza che il relativo accertamento sia soggetto a preclusioni, non potendosi accordare la facoltà di opporre la menzionata delibera a chi non ne abbia titolo.

Quanto infine al rito, **Sez. 2, n. 21632/2019, Scalisi, Rv. 654905-01**, ha affermato che, ove il primo grado sia stato trattato nelle forme del rito speciale del lavoro e, perciò, introdotto con ricorso anziché con citazione, l'impugnazione della sentenza che venga proposta - anch'essa - con ricorso è ammissibile se quest'ultimo sia tempestivamente depositato in cancelleria, a prescindere dalla sua successiva notificazione, e ciò in ragione del principio di ultrattività del rito che - quale specificazione del più generale principio per cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con riguardo esclusivo alla qualificazione, anche implicita, dell'azione e del provvedimento compiuta dal giudice - trova fondamento nel fatto che il mutamento del rito con cui il processo è stato erroneamente iniziato compete esclusivamente al giudice.

CAPITOLO VI

LE SUCCESSIONI E LE DONAZIONI

(DI DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. L'indegnità a succedere. - 2. L'accettazione di eredità. - 3. Il beneficio d'inventario. - 4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata. - 5. I diritti di uso ed abitazione riservati al coniuge superstite. - 6. Il testamento. - 7. La divisione ereditaria. - 8. Il retratto successorio. - 9. La collazione. - 10. Le donazioni.

1. L'indegnità a succedere.

In tema di apertura della successione, **Sez. 2, n. 05411/2019, Scarpa, Rv. 652762-01**, ha chiarito che l'indegnità a succedere prevista dall'art. 463 c.c., pur essendo operativa *ipso iure*, non è rilevabile d'ufficio, ma deve essere dichiarata su domanda dell'interessato, atteso che essa non è uno *status* del soggetto, né un'ipotesi di incapacità all'acquisto dell'eredità, ma una qualifica di un comportamento, che si sostanzia in una sanzione civile di carattere patrimoniale avente un fondamento pubblicistico e dà luogo ad una causa di esclusione dalla successione; pertanto, essendo effetto di una pronuncia di natura costitutiva, può aversi per verificata soltanto al momento del passaggio in giudicato della relativa sentenza. Ne consegue che, se tale giudicato si forma quando sia pendente in grado di appello un diverso giudizio avente ad oggetto la pretesa di un creditore del *de cuius*, la negazione della qualità di erede operata dal convenuto, in ragione della suddetta indegnità, è una mera deduzione difensiva su un fatto costitutivo della domanda attrice, l'inammissibilità della quale va valutata ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c. (nella specie, nella formulazione anteriore alla novella di cui all'art. 52 della l. n. 353 del 1990).

Sempre in ambito processuale, con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova, **Sez. 2, n. 17870/2019, Tedesco, Rv. 654632-01**, ha affermato che, nel giudizio promosso per far dichiarare l'indegnità a succedere di colui che ha sottratto il testamento, l'attore ha l'onere di dimostrare il fatto della sottrazione ed il verosimile carattere testamentario del documento sottratto, mentre grava sul convenuto la prova dell'intrinseca natura del documento e del suo contenuto, soprattutto ove egli ne sia il detentore.

2. L'accettazione di eredità.

Secondo **Sez. 2, n. 04843/2019, Scalisi, Rv. 652582-01**, ai fini dell'accettazione tacita dell'eredità, sono privi di rilevanza tutti quegli atti che, attese la loro natura e

finalità, non sono idonei ad esprimere in modo certo l'intenzione univoca di assunzione della qualità di erede, quali la denuncia di successione, il pagamento delle relative imposte, la richiesta di registrazione del testamento e la sua trascrizione. Infatti, trattandosi di adempimenti di prevalente contenuto fiscale, caratterizzati da scopi conservativi, il giudice del merito, cui compete il relativo accertamento, può legittimamente escludere, con riferimento ad essi, il proposito di accettare l'eredità; peraltro, siffatto accertamento non può limitarsi all'esecuzione di tali incombenze, ma deve estendersi al complessivo comportamento dell'erede potenziale ed all'eventuale possesso e gestione anche solo parziale dell'eredità.

Inoltre, **Sez. 2, n. 19833/2019, Scalisi, Rv. 654974-01**, ha confermato l'orientamento tradizionale di Sez. 2, n. 01585/1987, Rotunno, Rv. 451001-01, per il quale l'accettazione dell'eredità in forma tacita avviene ove il chiamato all'eredità compia un atto che necessariamente presupponga la volontà di accettare la medesima e che egli non avrebbe il diritto di compiere se non nella qualità di erede; il che ben può concretizzarsi nell'iniziativa assunta dal chiamato per la divisione amichevole dell'asse con istanza proposta anche in sede non contenziosa, che non necessita di un'accettazione degli altri coeredi, dovendosi considerare che quest'ultima è rivolta all'eredità e, ancor meglio, a tradurre la chiamata ereditaria nella qualità di erede, indipendentemente, e/o a prescindere, da un intervento adesivo degli altri coeredi.

Da un punto di vista processuale, infine, ad avviso di **Sez. 6-2, n. 31402/2019, Fortunato, Rv. 656256 - 01**, il possesso della qualità di erede, incidendo sulla titolarità del diritto fatto valere in giudizio, sostanzia non una questione di legittimazione in senso proprio, che andrebbe verificata in base alla prospettazione della domanda, ma una mera difesa, attenendo alla fondatezza nel merito della domanda, sicché è rilevabile d'ufficio dal giudice in tutto il corso del processo.

3. Il beneficio d'inventario.

Con riguardo all'ambito applicativo dell'art. 485 c.c., **Sez. 6-2, n. 06167/2019, Cosentino, Rv. 652798-02**, ha chiarito che tale disposizione non opera solo in relazione ai creditori del *de cuius*, ma anche con riguardo a quelli dell'erede, poiché, in assenza di una normativa che stabilisca diversamente, la qualità di erede non può essere riconosciuta nei rapporti con taluni soggetti e negata in quelli con altri.

È stato altresì precisato da **Sez. 6-2, n. 06167/2019, Cosentino, Rv. 652798-01**, che nella nozione di possesso *ex art. 485 c.c.* è compresa qualunque situazione di fatto che consenta l'esercizio di concreti poteri sui beni ereditari e, quindi, vi è incluso il compossesso, essendo irrilevante che taluno degli altri compossessori non

sia chiamato all'eredità poiché, pure in questo caso, il chiamato ha la possibilità di esercitare i detti poteri.

Per ciò che concerne le eredità devolute a persone giuridiche, **Sez. 2, n. 14442/2019, Dongiacomo, Rv. 654079-01**, ha affermato che l'inefficacia giuridica della dichiarazione di accettazione beneficiata non seguita dalla tempestiva redazione dell'inventario non esclude che, entro il termine di prescrizione e salva la scadenza del termine fissato ai sensi dell'art. 481 c.c., l'ente chiamato all'eredità possa nuovamente dichiarare la sua accettazione con beneficio d'inventario.

Secondo **Sez. 2, n. 15267/2019, Sabato, Rv. 654083-01**, la quale si ricollega a Sez. 2, n. 08034/1993, Santilli, Rv. 483216-01, l'art. 489 c.c. non attribuisce al minore, il cui legale rappresentante non abbia rinunciato all'eredità, il diritto di rinunciare al compimento della maggiore età, ma soltanto la facoltà di redigere l'inventario nel termine di un anno dal suo compimento, così da garantire la sua responsabilità *intra vires hereditatis*.

In tema di liquidazione concorsuale dell'eredità beneficiata, ad avviso di **Sez. 2, n. 30247/2019, Picaroni, Rv. 656204 - 01**, il termine previsto dall'art. 498, comma 2, c.c., entro il quale l'erede deve invitare i creditori e i legatari a presentare le dichiarazioni di credito, ha natura perentoria, coerentemente con l'esigenza di procedere in tempi ragionevoli alla liquidazione dell'eredità; esigenza in funzione della quale è perentorio anche il termine, fissato dal notaio, nel quale i creditori e i legatari possono presentare le dichiarazioni di credito.

Infine, **Sez. 2, n. 19838/2019, Scalisi, Rv. 654885-01**, ha affermato che, ai fini della verifica del decorso del termine di decadenza dell'erede dal beneficio d'inventario, rileva la data di redazione dello stesso e non quella del suo inserimento nel registro delle successioni; ove l'inventario sia stato effettuato dopo la dichiarazione, il pubblico ufficiale che lo ha redatto deve, nel termine di un mese, fare inserire nel registro l'annotazione della data in cui è stato compiuto.

4. I legittimari e la reintegrazione della quota loro riservata.

Di rilievo sono state alcune decisioni che hanno riguardato il rapporto con altre azioni previste dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti.

Con riferimento all'azione di simulazione, **Sez. 2, n. 12317/2019, Tedesco, Rv. 653810-02**, ha chiarito che il legittimario è ammesso a provare, nella veste di terzo, la simulazione di una vendita fatta dal *de cuius* per testimoni e presunzioni, senza soggiacere ai limiti fissati dagli artt. 2721 e 2729 c.c., a condizione che la simulazione sia fatta valere per un'esigenza coordinata con la tutela della quota di riserva tramite la riunione fittizia; egli, pertanto, va considerato terzo anche quando l'accertamento della simulazione sia preordinato solamente all'inclusione del bene, oggetto della

donazione dissimulata, nella massa di calcolo della legittima e, così, a determinare l'eventuale riduzione delle porzioni dei coeredi concorrenti nella successione *ab intestato*, in conformità a quanto dispone l'art. 553 c.c.

In particolare, per **Sez. 2, n. 30079/2019, Falaschi, Rv. 656200 - 01**, il legittimario totalmente pretermesso (ipotesi che si realizza, nella successione testamentaria, se il testatore ha disposto a titolo universale dell'intero asse a favore di altri e, in quella *ab intestato*, qualora il *de cuius* si sia spogliato in vita dell'intero suo patrimonio con atti di donazione) che impugna per simulazione un atto compiuto dal *de cuius*, a tutela del proprio diritto alla reintegrazione della quota di legittima, agisce, sia nella successione testamentaria che in quella *ab intestato*, in qualità di terzo e non in veste di erede - acquisendo quest'ultima qualità solo in conseguenza del positivo esercizio dell'azione di riduzione - sicché, come tale, non è tenuto alla preventiva accettazione dell'eredità con beneficio di inventario. Né vi è tenuto quando agisca per far valere una simulazione assoluta od anche relativa, ma finalizzata a far accertare la nullità del negozio dissimulato, in quanto, in queste ipotesi, l'accertamento della realtà effettiva consente al legittimario di recuperare alla massa ereditaria i beni donati, mai usciti dal patrimonio del defunto.

Inoltre, **Sez. 6-2, n. 19284/2019, Tedesco, Rv. 654636-01**, ha ribadito, riallacciandosi al risalente precedente rappresentato da Sez. 2, n. 01077/1964, Tamburrino, Rv. 301536-01, che l'azione di riduzione e quella di divisione, pur presentando una netta differenza sostanziale, possono essere fatte valere nel medesimo processo, in quanto - per evidenti ragioni di economia processuale - è consentito al legittimario di chiedere, anzitutto, la riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni che assume lesive della legittima e, successivamente, nell'eventualità che la domanda di riduzione abbia avuto esito positivo, di esercitare l'azione di divisione, estesa anche a quei beni che, a seguito dell'accoglimento dell'azione di riduzione, rientrano a far parte del patrimonio ereditario divisibile.

Infine, sempre in ambito processuale, secondo **Sez. 2, n. 16623/2019, Carrato, Rv. 654340-01**, è ammissibile l'esercizio in via diretta dell'azione surrogatoria - prevista dall'art. 2900 c.c. - nella proposizione della domanda di riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della quota di legittima da parte dei creditori dei legittimari totalmente pretermessi che siano rimasti del tutto inerti, realizzandosi un'interferenza di natura eccezionale - ma legittima - nella sfera giuridica del debitore; infatti, l'azione surrogatoria non è altro che lo strumento che la legge appresta al creditore per evitare gli effetti che possano derivare alle sue ragioni dall'inerzia del debitore che ometta di esercitare le opportune azioni dirette ad alimentare il suo patrimonio, riducendo così la garanzia che esso rappresenta in favore dei creditori.

Con specifico riguardo, invece, alla configurabilità del legato in sostituzione di legittima, ad avviso di **Sez. 2, n. 30082/2019, Giannaccari, Rv. 656201 - 01**, occorre che dal complessivo contenuto delle disposizioni testamentarie risulti l'inequivoca volontà del *de cuius* di tacitare il legittimario con l'attribuzione di determinati beni, precludendogli la possibilità di mantenere il legato e di attaccare le altre disposizioni per far valere la riserva, laddove, in difetto di tale volontà, il legato deve ritenersi “in conto” di legittima. In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha condiviso la decisione della corte territoriale, che aveva ritenuto di qualificare come legato in sostituzione di legittima la disposizione testamentaria con la quale il *de cuius* aveva lasciato alla moglie l'usufrutto legale di tutta la sua proprietà, in contrapposizione all'istituzione quali eredi dei figli.

5. I diritti di uso ed abitazione riservati al coniuge superstite.

Il diritto di uso ed abitazione del coniuge è stato oggetto di intenso approfondimento da parte della giurisprudenza di legittimità.

Con riguardo all'incidenza sull'istituto in esame della crisi familiare, **Sez. 2, n. 15277/2019, Tedesco, Rv. 654226-01**, ha confermato l'orientamento di **Sez. 2, n. 13407/2014, Matera, Rv. 631146-01**, per la quale i diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite dall'art. 540, comma 2, c.c. riguardano l'immobile concretamente utilizzato come residenza familiare prima della morte del *de cuius*, sicché essi non spettano al coniuge separato senza addebito, qualora la cessazione della convivenza renda impossibile individuare una casa adibita a residenza familiare.

Per ciò che concerne i profili di diritto intertemporale, **Sez. 2, n. 21949/2019, Besso Marcheis, Rv. 654916-01**, ha affermato che l'art. 540, comma 2, c.c., come riformulato dalla l. n. 151 del 1975, che riconosce i diritti di abitazione sulla casa familiare e di uso dei beni mobili che la corredano in favore del coniuge superstite, si applica alle sole successioni apertesi dopo l'entrata in vigore di tale legge e, cioè, posteriori al 20 settembre 1975.

Sez. 2, n. 15667/2019, Tedesco, Rv. 654334-01, ha chiarito che i diritti contemplati dall'art. 540, comma 2, c.c. si costituiscono automaticamente in capo al coniuge superstite all'apertura della successione, anche in presenza di un'attribuzione testamentaria della casa familiare o dei mobili che la arredano in favore di terzi; ne consegue che il coniuge superstite potrà invocare *ipso iure* l'acquisto di tali diritti, senza dovere ricorrere all'azione di riduzione.

Infine, applicando questo ragionamento in ambito processuale, **Sez. 2, n. 08400/2019, Scarpa, Rv. 653296-01**, ha affermato che, in tema di successione legittima, il diritto di abitazione ed uso *ex art.* 540, comma 2, c.c. è devoluto al

coniuge del *de cuius* in base ad un meccanismo assimilabile al prelegato *ex lege*, sicché la sua concreta attribuzione, nell'ambito di una controversia avente ad oggetto lo scioglimento della comunione ereditaria, non è subordinata alla formulazione di una espressa richiesta in tal senso. Tuttavia, ove il giudice di primo grado abbia disposto la divisione della comunione ereditaria senza detrarre il valore capitale del menzionato diritto spettante al coniuge superstite (in aggiunta alla quota attribuita dagli artt. 581 e 582 c.c.) e questa statuizione implicita negativa sul punto non abbia formato oggetto di uno specifico motivo di impugnazione, il riconoscimento del citato diritto di abitazione ad opera del giudice di appello è impedito dalle preclusioni processuali maturate e, in specie, dal giudicato interno formatosi al riguardo.

6. Il testamento.

Il testamento ha rappresentato pure nel 2019 uno dei principali argomenti trattati nell'ambito delle successioni.

Secondo **Sez. 6-2, n. 02489/2019, Criscuolo, Rv. 652507-01**, in materia testamentaria, l'attore titolare della legittimazione ad esercitare le azioni di nullità ed annullamento non è esentato dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire, per cui l'azione stessa non è proponibile in mancanza della prova, da parte del medesimo attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare - attraverso la rimozione degli effetti del testamento impugnato - una lesione attuale del proprio diritto ed il conseguente danno alla propria sfera giuridica.

Inoltre, **Sez. 2, n. 02702/2019, Scarpa, Rv. 652431-01**, ha precisato che, in tema di testamento pubblico, lo stato di sanità mentale del testatore, seppure ritenuto e dichiarato dal notaio per la mancanza di segni apparenti di incapacità del testatore medesimo, può essere contestato con ogni mezzo di prova, senza necessità di proporre querela di falso, poiché, ai sensi dell'art. 2700 c.c., l'atto pubblico fa piena prova delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti essere avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, ma nei limiti della sola attività materiale, immediatamente e direttamente richiesta, percepita e constatata dallo stesso pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni.

In particolare, **Sez. 2, n. 26873/2019, Tedesco, Rv. 655661-01**, ha confermato il precedente di Sez. 2, n. 06236/1980, Pieri, Rv. 409966-01, per il quale, in tema di incapacità di testare a causa di incapacità di intendere e di volere al momento della redazione del testamento, il giudice del merito può trarre la prova dalle sue condizioni mentali, anteriori o posteriori, sulla base di una presunzione; posto che la relativa prova può essere fornita con qualsiasi mezzo, una volta dimostrata una condizione di permanente e stabile demenza nel periodo immediatamente

sussequente alla redazione del testamento, spetta a chi afferma la validità del testamento la dimostrazione della sua compilazione in un momento di lucido intervallo.

Sez. 2, n. 08030/2019, Bellini, Rv. 653155-01, ha ribadito l'orientamento di Sez. 2, n. 04617/2012, Bianchini, Rv. 622024-01, per la quale, nell'ipotesi di più testamenti successivi, il posteriore, quando non revoca in modo espresso il precedente, annulla in questo solo le disposizioni incompatibili, in applicazione del generale principio di conservazione delle disposizioni di ultima volontà, così da circoscriverne la caducazione al riscontro, caso per caso, della sicura incompatibilità con le successive, potendosi, inoltre, ravvisare una revoca implicita dell'intero testamento precedente solo qualora non sia configurabile la sua sopravvivenza a seguito delle mutilazioni derivanti dalla suddetta incompatibilità.

Sempre con riferimento all'esistenza di una pluralità di testamenti, **Sez. 2, n. 08031/2019, Sabato, Rv. 653156-01**, ha chiarito che l'individuazione dei casi di inefficacia del testamento posteriore contenuta nell'art. 683 c.c. non ha carattere tassativo, potendo tale inefficacia estendersi anche ad ipotesi non previste dalla norma, purché la nuova disposizione attributiva non abbia effetto per ragioni attinenti all'onorato e non per cause diverse.

Allo stesso tempo, **Sez. 2, n. 08031/2019, Sabato, Rv. 653156-02**, ha affermato che la cancellazione del testamento (operata, nella specie, sbarrando a penna il documento nella sua interezza) si configura, al pari della distruzione, come un comportamento concludente avente valore legale, riconducibile in via presuntiva al testatore quale negozio di attuazione, e che deve essere giuridicamente qualificato, alla luce dell'art. 684 c.c., revoca tacita del detto testamento. Ne consegue che, qualora ad essere cancellato sia un testamento successivo, contenente la revoca di quello precedente, non trova applicazione l'art. 683 c.c., per il quale, nelle ipotesi dallo stesso indicate, la revocazione fatta con un testamento posteriore conserva la sua efficacia anche quando questo resta senza effetto, ma l'art. 681 c.c., che disciplina il diverso caso della revocazione della revocazione, stabilendo che, in tale eventualità, le disposizioni revocate rivivono.

Seguendo la medesima logica, **Sez. 2, n. 08031/2019, Sabato, Rv. 653156-03**, ha precisato che l'art. 681 c.c. impone la forma espressa per le sole ipotesi di revoca della revoca del testamento diverse dalla soppressione o alterazione del documento-olografo, le quali ultime rappresentano tipologie *sui generis* di revoca che sono disciplinate dall'art. 684 c.c. e che, pur essendo tacite, si caratterizzano per l'idoneità ad eliminare la veste documentale della precedente revoca.

Sez. 2, n. 10847/2019, Fortunato, Rv. 653504-01, altresì, ha sottolineato che la distruzione del testamento olografo costituisce, ai sensi dell'art. 684 c.c., un comportamento concludente avente valore legale in ordine, sia alla riconducibilità

della distruzione al testatore, sia all'intenzione di quest'ultimo di revocare il testamento medesimo, salva la prova contraria dell'assenza di un'effettiva volontà di revoca.

Alcune pronunce hanno riguardato degli aspetti processuali correlati all'uso del testamento.

Innanzitutto, per **Sez. 2, n. 08575/2019, Fortunato, Rv. 653298-02**, nelle cause aventi ad oggetto l'impugnazione di un testamento (nella specie, con querela di falso) sono parti necessarie, oltre agli eredi istituiti dal *de cuius*, anche tutte le persone che gli succederebbero per legge, in seguito alla caducazione dell'atto di ultima volontà, stante l'unitarietà del rapporto dedotto in giudizio, il quale non potrebbe rimanere regolato, in caso di accoglimento della domanda, dal testamento per alcuni e dalla legge per altri.

Quindi, secondo **Sez. 2, n. 08690/2019, Bellini, Rv. 653301-01**, ai fini del giudizio in ordine alla sussistenza o meno della capacità di intendere e di volere del *de cuius* al momento della redazione del testamento, il giudice del merito non può ignorare il contenuto dell'atto di ultima volontà e gli elementi di valutazione da esso desumibili, in relazione alla serietà, normalità e coerenza delle relative disposizioni, nonché ai sentimenti e ai fini che risultano averle ispirate. Nell'ambito di tale valutazione, il dato clinico, comunque necessario, costituisce uno degli elementi su cui il giudice deve basare la propria decisione, non potendosi mai prescindere dalla considerazione della specifica condotta dell'individuo e della logicità della motivazione dell'atto testamentario.

In ordine, invece, agli effetti delle disposizioni di ultima volontà ed alla loro interpretazione, **Sez. 2, n. 17868/2019, Tedesco, Rv. 654464-03**, ha precisato che la qualifica di erede universale nella scheda testamentaria, associata all'attribuzione di un singolo bene o di un complesso di beni, pur potendo costituire un elemento valutabile ai fini dell'indagine diretta ad accertare l'eventuale intenzione del testatore di assegnare quei beni come quota del patrimonio, ai sensi dell'art. 588, comma 2, c.c., non giustifica, di per sé, l'attribuzione degli altri beni menzionati nel testamento e non menzionati, occorrendo, a tal fine, che sia ricavabile dal complessivo contenuto del testamento una disposizione nell'universalità del patrimonio *ex art. 588, comma 1, c.c.*

Seguendo la medesima impostazione, ad avviso di **Sez. 2, n. 17868/2019, Tedesco, Rv. 654464-01**, per la validità di una disposizione testamentaria non è necessaria l'indicazione nominativa nel testamento della persona onorata, a condizione che la stessa sia immediatamente e individualmente determinabile in base a precise indicazioni fornite dal testatore.

Sempre aderendo a questo approccio, **Sez. 2, n. 17868/2019, Tedesco, Rv. 654464-02**, ha affermato che l'*institutio ex re certa*, quando non comprende la totalità

dei beni, non importa l'attribuzione anche di quelli che non formarono oggetto di disposizione, i quali si devolvono secondo le norme della successione legittima, destinata ad applicarsi, ai sensi dell'art. 457, comma 2, c.c. ogni qual volta le disposizioni a titolo universale, sia in base al comma 1, sia alla luce del comma 2 dell'art. 588 c.c., non ricostituiscono l'unità. Invero, il principio che la forza espansiva della vocazione a titolo universale opera pure in favore dell'istituto *ex re certa* va inteso nel senso che l'acquisto di costui non è limitato in ogni caso alla singola cosa attribuita come quota, ma si estende proporzionalmente ai beni ignorati dal testatore o sopravvenuti.

Infine, con una pronuncia che si è caratterizzata per la particolarità del suo oggetto, **Sez. 2, n. 10594/2019, Criscuolo, Rv. 653499-02**, ha chiarito che, ai sensi dell'art. 709 c.c., l'esecutore testamentario è tenuto a rendere il conto della propria gestione ogni volta che quest'ultima cessa, anche laddove ciò si verifichi prima del decorso di un anno dalla morte del testatore.

7. La divisione ereditaria.

Nel corso dell'anno vi sono state varie pronunce riguardanti i profili processuali della divisione.

Sez. 3, n. 02537/2019, De Stefano, Rv. 652662-01, ha precisato che, in tema di scioglimento della comunione mediante assegnazione *ex art. 720 c.c.* con determinazione di (o condanna al) conguaglio a carico dell'assegnatario, quest'ultimo capo di sentenza non è suscettibile di esecuzione provvisoria *ex art. 282 c.p.c.* e, quindi, di essere azionato come titolo esecutivo prima del passaggio in giudicato della statuizione sull'assegnazione, che ha natura costitutiva, in quanto ad essa legato da nesso di corrispettività pur se non di stretta sinallagmaticità.

Inoltre, secondo **Sez. 2, n. 03497/2019, Falaschi, Rv. 652441-01**, nel giudizio di divisione l'istanza di attribuzione di un bene immobile indivisibile *ex art. 720 c.c.* costituisce una modalità attuativa della divisione, risolvendosi nella mera specificazione della domanda di scioglimento della comunione, sicché, non essendo domanda, ma eccezione, può essere formulata o essere oggetto di rinuncia anche in grado d'appello.

Sempre in ambito processuale, **Sez. 2, n. 15926/2019, Giannaccari, Rv. 654335-01**, ha chiarito che il giudizio di scioglimento di comunioni non è del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale, intraprendendo i singoli condividenti le loro strategie difensive anche all'esito delle richieste e dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione ed acquisendo rilievo gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, che modifichino il numero e l'entità delle quote; ne deriva il diritto delle parti del giudizio

divisorio di modificare, pure in appello (nella specie, all'udienza di precisazione delle conclusioni), le proprie conclusioni e richiedere per la prima volta l'attribuzione, per intero o congiunta, del compendio immobiliare, integrando tale istanza una mera modalità di attuazione della divisione.

Seguendo questa tendenza, **Sez. 2, n. 24184/2019, Gorjan, Rv. 655462-01**, ha affermato che, una volta proposta in primo grado la domanda di divisione dell'eredità basata sulla prospettazione di una successione legittima, non costituisce domanda nuova ed è ammissibile in appello quella diretta a ottenere la divisione in forza di un testamento olografo successivamente ritrovato, atteso che il titolo regolatore della successione prevale sulla disciplina legale in materia e, inoltre, la sua deduzione non altera gli elementi essenziali del *petitum*, relativo ai beni ereditari da dividere, e della *causa petendi*, fondata sull'esistenza della comunione del diritto di proprietà in dipendenza della successione *mortis causa*. Ne consegue che è possibile la modifica della domanda di divisione, poiché le diverse modalità di delazione dell'eredità configurano, comunque, un unico istituto e nel procedimento di scioglimento della comunione ereditaria esse non costituiscono una domanda, cosicché la parte può sempre adattarle alle evenienze e alle sopravvenienze di causa.

Ulteriore provvedimento con valenza processuale è **Sez. 2, n. 21510/2019, Carrato, Rv. 655232-01**, che ha rilevato come il giudizio di divisione *mortis causa* debba svolgersi, ai sensi dell'art. 784 c.c., con la partecipazione di tutti i condividenti, la cui qualità di litisconsorti necessari permane in ogni stato e grado del processo, indipendentemente dall'attività e dal comportamento processuale di ciascuna parte.

Alcune decisioni si sono occupate delle questioni concernenti l'eventualità che i beni oggetto del contendere appartengano a masse distinte o che nuovi soggetti entrino a fare parte della comunione durante il giudizio.

Per **Sez. 2, n. 03512/2019, Criscuolo, Rv. 652442-01**, quindi, nel giudizio di divisione ereditaria la comunione su un bene immobile non comodamente divisibile *ex art. 720 c.c.*, esistente tra medesimi soggetti, ma in virtù di titoli diversi, dando luogo alla formazione di autonome masse, impone la diversificazione delle operazioni divisionali che, in virtù di un criterio logico-cronologico, devono essere compiute partendo dallo scioglimento della comunione più risalente per poi procedere via via allo scioglimento di quelle successive, senza che la valutazione delle richieste concorrenti di attribuzione sia influenzata dall'esito delle precedenti attribuzioni che hanno posto termine allo stato di indivisione su autonome comunioni.

Coerentemente, **Sez. 6-2, n. 07869/2019, Criscuolo, Rv. 653381-01**, ha affermato che, in tema di divisione ereditaria, la morte di uno dei condividenti successivamente all'apertura della successione ed alla stessa accettazione dell'eredità, con il subentro ad esso di una pluralità di soggetti, non determina il mutamento del

titolo della comunione, da ereditaria in ordinaria, quanto, piuttosto, l'insorgere di una nuova comunione tra gli eventuali coeredi del condividente defunto, oggetto di distinta divisione rispetto a quella concernente i beni di cui il coerede defunto era comproprietario, con la persistente necessità, rispetto a quest'ultima, di procedere alla valutazione della comoda divisibilità della massa ed alla redazione del progetto di divisione in relazione al numero degli originari coeredi.

In particolare, **Sez. 2, n. 15494/2019, Fortunato, Rv. 654331-01**, ha evidenziato che, nel caso di divisione di beni oggetto di comproprietà provenienti da titoli diversi, non si realizza un'unica comunione, ma tante comunioni quanti sono i titoli di provenienza dei beni, corrispondendo alla pluralità di titoli una pluralità di masse, ciascuna delle quali costituisce un'entità patrimoniale a sé stante, nella quale ogni condividente deve potere fare valere i propri diritti indipendentemente da quelli che gli competono sulle altre masse, con la conseguenza che i problemi relativi alla formazione dei lotti e alla comoda divisione dei beni immobili che vi sono inclusi debbono trovare soluzione nell'ambito di ciascuna massa. È possibile procedere a un'unica divisione, invece che a tante divisioni quante sono le masse, solo con il consenso di tutti i condividenti, che deve trovare titolo in uno specifico negozio - che, ove riguardi beni immobili, deve rivestire la forma scritta *ad substantiam* - con il quale si attui il conferimento delle singole comunioni in una comunione unica e, in sua mancanza, la parte che non si sia opposta alla domanda di divisione sin dal primo grado può sollevare la questione in grado di appello.

La possibilità di distinguere il regime giuridico anche dei beni in comproprietà in base ad un titolo unico ha condotto **Sez. 2, n. 15182/2019, Dongiacomo, Rv. 654082-01**, a rilevare che lo scioglimento della comunione ereditaria non è incompatibile con il perdurare di uno stato di comunione ordinaria rispetto a singoli beni già compresi nell'asse ereditario in divisione, giacché, compiute le operazioni divisionali, dirette ad eliminare la maggior parte delle varie componenti dell'asse ereditario, indiviso al momento dell'apertura della successione, la comunione residuale sui beni ereditari si trasforma in comunione ordinaria, con la conseguente possibilità, per il giudice, di attribuire *ex art. 720 c.c.* un bene non comodamente divisibile, per l'intero, non solo nella porzione del coerede con quota maggiore, ma anche nelle porzioni di più coeredi che tendano a rimanere in comunione come titolari della maggioranza delle quote, a prescindere dal fatto che altri coeredi si oppongano.

In materia di immobili non comodamente divisibili, **Sez. 6-2, n. 07869/2019, Criscuolo, Rv. 653381-02**, ha, poi, chiarito che, allorché nella comunione ereditaria sia compreso un immobile non comodamente divisibile, oggetto di contrapposte richieste di attribuzione, occorre distinguere l'ipotesi in cui uno dei coeredi sia

titolare, a monte, di una quota maggiore rispetto agli altri, nel qual caso lo stesso, in applicazione del principio del *favor divisionis* ex art. 720 c.c., prevale sugli altri condividenti, anche qualora essi, formulando una richiesta congiunta di attribuzione, superino, con l'accorpamento delle proprie quote, il valore della quota del coerede antagonista, dall'eventualità nella quale i coeredi siano titolari, *ab origine*, di quote identiche, ove l'attribuzione del bene è rimessa al giudice sulla base di ragioni di opportunità e convenienza ex art. 720 c.c., che consentono di apprezzare, come idoneo ad orientare tale scelta, il diverso criterio legale della richiesta congiunta. Il rimedio residuale della vendita all'incanto trova, infatti, applicazione solo se non sia ravvisabile alcun criterio obiettivo di preferenza e senza che, peraltro, l'individuazione del condividente assegnatario del bene possa dipendere dalla maggiore offerta, che uno di essi faccia, rispetto al prezzo di stima, non caratterizzandosi il procedimento divisionale come una gara tra i coeredi.

Nella stessa ottica, secondo **Sez. 2, n. 18686/2019, Grasso Giuseppe., Rv. 654472-01**, l'attribuzione di un bene indivisibile a un gruppo di comunisti le cui quote, soltanto per questa ragione, superano la maggior quota singola, di cui è titolare il condividente antagonista, viola il principio del *favor divisionis* perché, in tal modo, non si scioglie la comunione, ma la si mantiene, pur se ridotta ai contitolari della quota collettiva, mentre, in presenza di contrapposte domande di assegnazione, deve esser preferito l'aspirante titolare della maggiore quota individuale.

Sempre in ordine alla non comoda divisibilità dei beni in comunione, **Sez. 2, n. 08286/2019, Fortunato, Rv. 653162-01**, ha precisato che il diritto dei coeredi ad una porzione in natura di ciascuna delle categorie di beni in comunione non consiste nella realizzazione di un frazionamento quotistico delle singole entità appartenenti alla stessa categoria, ma nella proporzionale divisione dei beni compresi nelle tre categorie degli immobili, mobili e crediti, dovendosi operare una divisione dei beni per genere, così da evitare un eccessivo frazionamento dei cespiti e non pregiudicare il diritto dei condividenti di ottenere una porzione di valore proporzionalmente corrispondente a quello del complesso da dividere. Pertanto, ove l'asse ereditario comprenda un solo immobile, questo sarà comodamente divisibile se ciascuno dei coeredi potrà averne una parte, anche se di valore inferiore alla sua quota, salvo conguaglio; quando, al contrario, di esso facciano parte più immobili, il giudice deve accertare se il diritto dei singoli condividenti sia meglio soddisfatto attraverso il frazionamento delle singole entità immobiliari oppure con l'assegnazione ad essi di interi immobili, con la conseguenza che, qualora questi, da soli o con altri beni, consentano di comporre la quota di alcuno dei condividenti in maniera che le altre possano formarsi con i restanti immobili, non si pone una questione di indivisibilità o non comoda divisibilità, essendo comunque ottenuta la ripartizione quantitativa e

qualitativa dei vari cespiti compresi nella comunione nel rispetto del valore di ciascuna quota.

Con riferimento alla cessione dei beni in comunione, **Sez. 2, n. 04831/2019, Scalisi, Rv. 652580-01**, ha precisato che la vendita, da parte di uno dei coeredi, di un bene rientrante nella comunione ereditaria ha solo effetto obbligatorio, essendo la sua efficacia reale subordinata all'assegnazione del bene medesimo al coerede-venditore attraverso la divisione, giacché, sino a tale momento, il detto bene continua a fare parte della comunione e, finché quest'ultima perdura, il compratore non può ottenere la proprietà esclusiva di una singola parte materiale della cosa né, tantomeno, la quota ideale di uno specifico bene, in proporzione alla quota di eredità che compete al coerede alienante, essendo egli titolare esclusivamente di una quota di eredità - intesa come *universitas* e, dunque, di per sé già alienabile - al cui interno non è certo che rientri, in occasione della divisione, la proprietà della *res* alienata.

La S.C. si è occupata con una interessante pronuncia della tematica degli accordi attinenti alla divisione.

Così **Sez. 2, n. 08240/2019, Varrone, Rv. 653160-02**, ha affermato che gli accordi paradivisori, volti alla formazione di porzioni dei beni da assegnare a determinate condizioni, pur non producendo l'effetto distributivo dei beni stessi, tipico del contratto di divisione, hanno finalità preparatoria di quest'ultimo ovvero, ove insorgano successivi contrasti su punti non risolti col negozio stesso, del provvedimento del giudice. I predetti accordi, una volta perfezionati, non possono essere oggetto di recesso unilaterale, ma possono essere revocati o risolti soltanto col consenso unanime delle parti contraenti e possono essere impugnati con i mezzi di annullamento previsti per i contratti in genere, ivi compresa l'azione di rescissione *ex artt. 763 e 764 c.c. per lesione oltre il quarto*.

Nella stessa ottica, secondo **Sez. 2, n. 08240/2019, Varrone, Rv. 653160-03**, ai fini dell'interpretazione di un negozio come transazione divisionale, nel quale la causa transattiva prevale su quella divisionale, non è possibile presumere la volontà di transigere con rinuncia ai propri diritti, sulla base della semplice consapevolezza della sproporzione delle quote o dei beni indicati nell'accordo divisorio, in mancanza non soltanto dell'*aliquid datum aliquid retentum*, ma anche di un mero disaccordo tra gli eredi e di qualsiasi espressa rinuncia o menzione della volontà di comporre future controversie.

Sez. 2, n. 08240/2019, Varrone, Rv. 653160-01, ha pure chiarito che, al fine di escludere la rescindibilità dell'atto di divisione, ai sensi dell'art. 764, comma 2, c.c., non è sufficiente constatare che esso contenga una contestuale transazione, ma occorre pure accertare che questa, regolando ogni controversia, anche potenziale, in ordine alla determinazione delle porzioni corrispondenti alle quote ereditarie,

abbia riguardato proprio le questioni costituenti presupposto ed oggetto dell'azione di rescissione.

Una ulteriore decisione di rilevante profilo sistemico, che concerne profili di diritto internazionale privato, quale **Sez. U, n. 18831/2019, Giusti, Rv. 654590-02**, ha affermato che, in caso di accordo intercorso tra i beneficiari di un *trust inter vivos* con effetti *post mortem* per la divisione dei beni in esso conferiti, l'azione di annullamento per violenza o dolo *ex art. 761 c.c.* e l'azione di rescissione per lesione *ex art. 763 c.c.*, esercitate con riguardo allo stesso, non sono soggette al criterio di giurisdizione di cui all'art. 50 della l. n. 218 del 1995, bensì a quello generale previsto dall'art. 3 della stessa legge, il quale può essere pattiziamente derogato, ai sensi del successivo art. 4, comma 2, in favore di un arbitro straniero, vertendosi in materia di diritti disponibili.

Sul punto, per una trattazione più approfondita, sotto il profilo del riparto di giurisdizione, si rinvia al Volume II, Capitolo V, Limiti esterni della giurisdizione (rispetto al giudice straniero).

In tema di rendiconto, **Sez. 2, n. 10761/2019, Criscuolo, Rv. 653501-01**, ha precisato che la *divisio inter liberos*, regolata dall'art. 734 c.c., ricorre ove il testatore intenda effettuare direttamente la divisione, totale o parziale, del suo patrimonio tra gli eredi attraverso la formazione delle quote e l'individuazione dei beni destinati a far parte di ciascuna di esse, impedendo così il sorgere della comunione ereditaria, con la conseguenza che la decisione del giudice ha carattere meramente dichiarativo, dovendosi prendere atto di un effetto ricollegato alla volontà del *de cuius* che si produce automaticamente al momento dell'apertura della successione; ricorre, invece, la fattispecie di cui all'art. 733 c.c. quando il testatore non divide, ma si limita a dettare le regole per la futura divisione con efficacia obbligatoria per gli eredi. Soltanto in quest'ultimo caso, permanendo lo stato di indivisione, è configurabile la domanda di rendiconto dei frutti proposta dal convivente, estromesso *medio tempore* dalla fruizione dei beni comuni, nei confronti di quello che si trovi nel godimento esclusivo degli stessi; al contrario, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 734 c.c., poiché il coerede è divenuto proprietario unico dei beni assegnatigli dal testatore fin dall'apertura della successione, la pretesa al versamento dei frutti non rientra nell'ambito del rendiconto, atteso che è sganciata dalla domanda di divisione, correlandosi al comportamento privo di giustificazione di colui che, rispetto ai detti beni, è, a tutti gli effetti, un terzo.

Inoltre, secondo **Sez. 2, n. 15182/2019, Dongiacomo, Rv. 654082-02**, l'azione di rendiconto è autonoma e distinta rispetto alla domanda di scioglimento della comunione, sicché la riconvenzionale con la quale si intende chiedere il rendiconto deve essere proposta, a pena di inammissibilità, con la comparsa di risposta ai sensi dell'art. 167 c.p.c.

Con riguardo ai rapporti fra divisione e risultanze catastali, **Sez. 2, n. 08400/2019, Scarpa, Rv. 653296-02**, ha chiarito che i profili attinenti al frazionamento catastale ed alla conseguente mancata trascrivibilità della sentenza di divisione non rilevano quali violazioni di norme di diritto incidenti sullo scioglimento della comunione e non incidono, pertanto, sull’emanazione della pronuncia dichiarativa di tale scioglimento, concernendo essi, piuttosto, la redazione - che può intervenire anche stragiudizialmente, sulla base di un accordo delle parti - di un documento tecnico indicante in planimetria le particelle catastali al fine della relativa voltura.

In ordine alla materia delle miglorie, per **Sez. 2, n. 05135/2019, Besso Marcheis, Rv. 652697-01**, il coerede che sul bene comune da lui posseduto abbia eseguito delle miglorie può pretendere, in sede di divisione, non già l’applicazione dell’art. 1150 c.c. - secondo cui è dovuta un’indennità pari all’aumento di valore della cosa in conseguenza dei miglioramenti - ma, quale mandatario o utile gestore degli altri eredi partecipanti alla comunione ereditaria, il rimborso delle spese sostenute per il suddetto bene comune, esclusa la rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valuta e non di valore.

Per ciò che concerne la tematica dei frutti, **Sez. 2, n. 17876/2019, Tedesco, 654465-01**, ha affermato che, ai fini della determinazione dei frutti che uno dei condividenti deve corrispondere in relazione all’uso esclusivo di un immobile oggetto di divisione giudiziale, occorre fare riferimento ai frutti civili, i quali, identificandosi nel corrispettivo del godimento dell’immobile che si sarebbe potuto concedere ad altri, ben possono essere liquidati con riferimento al valore figurativo del canone locativo di mercato.

Con riguardo ai conguagli, **Sez. 2, n. 08400/2019, Scarpa, Rv. 653296-03**, ha precisato che, in tema di scioglimento giudiziale della comunione, qualora sia assegnato ad un condividente un bene di valore superiore alla sua quota, ma i conguagli da versare agli altri comunisti siano rideterminati, in riforma della pronuncia di primo grado, dalla sentenza di appello, gli interessi corrispettivi sulle somme liquidate decorrono soltanto dalla data di quest’ultima pronuncia, che pone nel nulla quella di primo grado *ex* art. 336 c.p.c. e segna la nascita del relativo credito.

Con una pronuncia di notevole rilievo sistematico e pratico, **Sez. U, n. 25021/2019, Lombardo, Rv. 655501-02**, ha chiarito che gli atti di scioglimento della comunione ereditaria sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dall’art. 46, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (già art. 17 della l. 28 febbraio 1985, n. 47) e dall’art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985, per gli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici o a loro parti, ove da essi non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria.

In particolare, secondo **Sez. U, n. 25021/2019, Lombardo, Rv. 655501-01**, gli atti di scioglimento delle comunioni relative ad edifici, o a loro parti, sono soggetti alla comminatoria della sanzione della nullità prevista dall'art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985 per gli atti tra vivi aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici realizzati prima della entrata in vigore della detta legge, ove dagli atti non risultino gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria, ovvero ad essi non sia unita copia della domanda di sanatoria corredata dalla prova del versamento delle prime due rate di oblazione o dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che la costruzione dell'opera è stata iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967.

Pertanto, **Sez. U, n. 25021/2019, Lombardo, Rv. 655501-03**, ha evidenziato che, quando è proposta domanda di scioglimento di una comunione (ordinaria o ereditaria che sia), il giudice non può disporre la divisione che abbia ad oggetto un fabbricato abusivo o parti di esso, in assenza della dichiarazione circa gli estremi della concessione edilizia e degli atti ad essa equipollenti, come richiesti dall'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985, costituendo la regolarità edilizia del fabbricato condizione dell'azione *ex* art. 713 c.c., sotto il profilo della “possibilità giuridica”, e non potendo la pronuncia del giudice realizzare un effetto maggiore e diverso rispetto a quello che è consentito alle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale. La mancanza della documentazione attestante la regolarità edilizia dell'edificio e il mancato esame di essa da parte del giudice sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

Inoltre, **Sez. U, n. 25021/2019, Lombardo, Rv. 655501-04**, ha affermato che, qualora tra i beni costituenti l'asse ereditario vi siano edifici abusivi, ogni coerede ha diritto, ai sensi dell'art. 713, comma 1, c.c., di chiedere e ottenere lo scioglimento giudiziale della comunione ereditaria per l'intero complesso degli altri beni ereditari, con la sola esclusione degli edifici abusivi, anche ove non vi sia il consenso degli altri conviventi.

Sez. U, n. 25021/2019, Lombardo, Rv. 655501-05, ha precisato, poi, che, in forza delle disposizioni eccezionali di cui all'art. 46, comma 5, del d.P.R. n. 380 del 2001, e all'art. 40, commi 5 e 6, della l. n. 47 del 1985, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa ad un edificio abusivo che si renda necessario nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione cd. “endoesecutiva”) o nell'ambito del fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali (divisione cd. “endoconcorsuale”) è sottratto alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dall'art. 46, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001, e dall'art. 40, comma 2, della l. n. 47 del 1985.

Infine, **Sez. 2, n. 33438/2019, Scarpa, Rv. 656321 - 01**, ha ribadito, come già sostenuto da Sez. 2, n. 11762/1992, Volpe, Rv. 479205-01, che, per il combinato disposto degli artt. 469 e 726 c.c., la divisione ereditaria, quando vi è rappresentazione, avviene per stirpi, procedendosi alla formazione di tante porzioni, una volta eseguita la stima, quanti sono gli eredi o le stirpi dividendi, mentre non è prevista l'ulteriore formazione di altrettante subporzioni all'interno di ciascuna stirpe, sempre che non si formi al riguardo un accordo fra tutti i partecipanti.

8. Il retratto successorio.

Secondo **Sez. 2, n. 14515/2019, Manna F., Rv. 654080-02**, la dichiarazione unilaterale recettizia di carattere negoziale che esprime la volontà di esercitare il diritto potestativo di riscatto nei confronti dell'acquirente di quota ereditaria, previsto dall'art. 732 c.c. a favore dei coeredi, può essere espressa anche con l'atto introduttivo del giudizio ed è in esso validamente manifestata quando sia riconducibile al titolare del potere attraverso la sottoscrizione dell'atto stesso o il conferimento della procura speciale al difensore, tale dovendosi ritenere anche quella apposta a margine o in calce all'atto medesimo, dal momento che, in questo caso, per effetto di siffatta procura, l'atto introduttivo del giudizio è direttamente riferibile alla parte, pure nel punto in cui contenga la detta manifestazione di volontà negoziale.

In un'ottica processuale, **Sez. 2, n. 14515/2019, Manna F., Rv. 654080-01**, ha chiarito che, a fronte della domanda di retratto successorio, integra una mera difesa e non un'eccezione in senso stretto la contestazione, formulata in appello, per la quale la domanda proposta mancava del presupposto necessario, consistente nella dichiarazione personale della parte di voler riscattare i beni venduti, risolvendosi tale contestazione nel negare una delle condizioni richieste dalla legge per l'accoglimento della domanda.

Ciò perché l'eccezione in senso stretto, la cui proposizione per la prima volta in appello è vietata dalla norma, consiste nella deduzione di un fatto impeditivo o estintivo del diritto vantato dalla controparte, laddove è mera difesa, come tale consentita, la contestazione dei fatti posti dall'altra parte a fondamento del suo diritto.

Similmente, per **Sez. 2, n. 01654/2019, Fortunato, Rv. 652176-01**, l'eccezione in senso stretto, la presentazione della quale per la prima volta in appello è preclusa, consiste nella deduzione di un fatto impeditivo o estintivo del diritto vantato dalla controparte, laddove è una semplice difesa, permessa dal codice di rito, la negazione dei fatti posti dall'altra parte a base del suo diritto.

9. La collazione.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 10756/2019, Carrato, Rv. 653566-01**, la quota di società è soggetta a collazione per imputazione, prevista dall'art. 750 c.c. per i beni mobili, poiché - non conferendo ai soci un diritto reale sul patrimonio societario riferibile alla società, che è soggetto distinto dalle persone dei soci - attribuisce un diritto personale di partecipazione alla vita societaria. La collazione della quota di azienda, che rappresenta la misura della contitolarità del diritto reale sulla *universitas rerum* dei beni di cui si compone, va compiuta, invece, con le modalità indicate dall'art. 746 c.c. per gli immobili, sicché - ove si proceda per imputazione - deve aversi riguardo al valore non delle singole cose, ma a quello assunto dalla detta azienda, quale complesso organizzato, al tempo dell'apertura della successione.

Inoltre, **Sez. 2, n. 19833/2019, Scalisi, Rv. 654974-02**, ha precisato che la domanda di collazione non è sottoposta ai termini *ex art.* 167 c.p.c., in quanto l'obbligo della collazione sorge automaticamente a seguito dell'apertura della successione e i beni donati devono essere conferiti indipendentemente dalla proposizione di una domanda dei condividenti, salva l'espressa dispensa da parte del *de cuius* nei limiti in cui sia valida; la domanda di accertamento dell'esistenza di una donazione indiretta, viceversa, pregiudiziale all'accoglimento della domanda di collazione, è soggetta ai termini di decadenza dell'art. 167 c.p.c. e non può essere proposta per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni, integrando un'ipotesi di ampliamento o mutamento della domanda.

Infine, secondo **Sez. 2, n. 26486/2019, Abete, Rv. 655472-01**, in tema di divisione ereditaria, la collazione del denaro ricevuto in donazione dal *de cuius* soggiace al principio nominalistico con esclusione di qualsiasi rivalutazione, senza che possa tenersi conto del mutato potere d'acquisto della moneta.

10. Le donazioni.

Innanzitutto, **Sez. 2, n. 02700/2019, Scarpa, Rv. 652430-01**, ha ribadito l'orientamento di Sez. 2, n. 02143/1964, Corduas, Rv. 303144-01, secondo cui l'esecuzione delle donazioni nulle, disciplinata dall'art. 799 c.c., analogamente a ciò che è richiesto, in via generale, dall'art. 1444 c.c. per la convalida dei contratti annullabili, intanto impedisce ai coeredi o aventi causa del donante di fare valere la nullità, da qualunque causa dipendente, in quanto i medesimi, con atti o fatti di contenuto non equivoco, diano volontaria esecuzione alla domanda con la consapevolezza della causa della nullità stessa.

Inoltre, per Sez. 5, n. 07444/2019, Russo, Rv. 653051-01, la donazione dell'usufrutto in favore di un terzo, contenuta nella donazione con riserva di usufrutto di cui all'art. 796 c.c., si perfeziona con l'accettazione da parte del

donatario, la quale può essere contenuta nel medesimo atto ovvero intervenire con atto pubblico posteriore, richiedendosi, in quest'ultimo caso, ai fini del perfezionamento della fattispecie, la relativa notificazione al donante.

In tema di rapporti fra donazione, collazione e divisione, **Sez. 2, n. 15666/2019, Tedesco, Rv. 649079-01**, ha chiarito che l'eventuale nullità della donazione operata dal *de cuius*, se dichiarata dal giudice, non provoca, ai fini della divisione, risultati dissimili dalla collazione, ma solo più radicali, perché fa rientrare nel patrimonio del *de cuius*, come se non ne fossero mai usciti, i beni che ne erano stati oggetto, atteso che per l'ordinamento gli effetti di un contratto nullo e, quindi, anche le attribuzioni patrimoniali con esso operate, si considerano come mai verificati.

Sez. 1, n. 20888/2019, Nazzicone, Rv. 655290-02, ha affermato che non ricorre il vizio del negozio di donazione per difetto della forma pubblica quando intervenga la cessione di una quota societaria mediante un'apparente vendita, ma, in realtà, a titolo gratuito, potendo piuttosto ricorrere un'ipotesi di donazione indiretta, che, però, non esige requisiti formali; nella donazione indiretta, infatti, la liberalità si opera, anziché attraverso il negozio tipico di donazione, mediante il compimento di un atto che, pur conservando la forma e la causa ad esso propria, realizza in via mediata l'effetto dell'arricchimento del destinatario, sicché l'intenzione di donare non emerge in via diretta dall'atto utilizzato bensì, in via indiretta, dall'esame delle circostanze del caso concreto.

Con una pronuncia di rilievo processuale, **Sez. 2, n. 22457/2019, Criscuolo, Rv. 655219-01**, ha precisato che il giudice innanzi al quale sia stata proposta un'azione di simulazione di una compravendita in quanto dissimulante una donazione, azione finalizzata alla successiva trascrizione dell'atto di opposizione, ai sensi dell'art. 563, comma 4, c.c., deve rilevare d'ufficio l'esistenza di una diversa causa di nullità della donazione e, ove risulti già pendente il giudizio di appello e sia, perciò, ormai inammissibile un'espressa domanda di accertamento in tal senso della parte interessata, deve rigettare l'originaria pretesa, previo accertamento della nullità, nella motivazione, con efficacia, peraltro, di giudicato in assenza di sua impugnazione.

La S.C. ha affrontato, con una serie di pronunce, la questione della cd. donazione indiretta.

In primo luogo, secondo **Sez. 2, n. 07681/2019, Dongiacomo, Rv. 653154-02**, nei contratti di scambio la donazione indiretta è configurabile solo a condizione che le parti abbiano volutamente stabilito un corrispettivo di gran lunga inferiore a quello che sarebbe dovuto, con l'intento, desumibile dalla notevole entità della sproporzione tra il valore reale del bene e la misura del corrispettivo, di arricchire la parte acquirente per la parte eccedente quanto pattuito.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 10759/2019, Criscuolo, Rv. 653407-01**, quindi, si ha donazione indiretta di un bene anche quando il donante paghi soltanto una parte del prezzo della relativa compravendita dovuto dal donatario, laddove sia dimostrato lo specifico collegamento tra dazione e successivo impiego delle somme, dovendo, in tal caso, individuarsi l'oggetto della liberalità, analogamente a quanto affermato in tema di vendita mista a donazione, nella percentuale di proprietà del bene acquistato pari alla quota di prezzo corrisposta con la provvista fornita dal donante.

Quest'ultima decisione si pone in consapevole contrasto con Sez. 2, n. 02149/2014, Manna F., Rv. 629388-01, per la quale la donazione indiretta dell'immobile non è configurabile quando il donante paghi una parte del prezzo del bene, giacché la corresponsione del denaro costituisce una diversa modalità per attuare l'identico risultato giuridico-economico dell'attribuzione liberale dell'immobile esclusivamente nell'ipotesi in cui ne sostenga l'intero costo.

Sez. 2, n. 15666/2019, Tedesco, Rv. 649079-02, ha pure chiarito che la rinuncia a un diritto, se fatta allo scopo di avvantaggiare un terzo, può importare donazione indiretta, purché fra donazione e arricchimento sussista un nesso di causalità diretta. Nella specie, la S.C. ha escluso che la rinuncia del *de cuius* a sottoscrivere la quota di aumento del capitale sociale di una s.r.l., seguita dalla concomitante sottoscrizione, da parte del figlio, della quota non sottoscritta dal genitore, costituisse donazione indiretta, atteso che, a seguito della rinuncia del *de cuius*, anche gli altri soci avevano avuto analoga possibilità di sottoscrizione.

In ambito processuale, **Sez. 2, n. 19400/2019, Criscuolo, Rv. 654557-02**, ha ribadito, come già espresso da Sez. 2, n. 01986/2016, Scalisi, Rv. 638784-01, che la donazione indiretta è un contratto con causa onerosa, posto in essere per raggiungere una finalità ulteriore e diversa consistente nell'arricchimento, per mero spirito di liberalità, del contraente che riceve la prestazione di maggior valore; differisce dal negozio simulato in cui il contratto apparente non corrisponde alla volontà delle parti, che intendono, invece, stipulare un contratto gratuito. Ne consegue che ad essa non si applicano i limiti alla prova testimoniale - in materia di contratti e simulazione - che valgono, invece, per il negozio tipico utilizzato allo scopo.

Infine, **Sez. 2, n. 27409/2019, Picaroni, Rv. 655668-01**, ha confermato il precedente di Sez. 3, n. 05473/2006, Massera, Rv. 589660-01, per il quale gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti reciproche attribuzioni patrimoniali e concernenti beni mobili o immobili, rispondono, di norma, ad uno specifico spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale che svela una sua tipicità propria la quale, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., può colorarsi dei tratti dell'obiettivo

onerosità piuttosto che di quelli della gratuità, in ragione dell'eventuale ricorrenza, o meno, nel concreto, dei connotati di una sistemazione solutorio-compensativa più ampia e complessiva di tutta quella serie di possibili rapporti aventi significati, anche solo riflessi, patrimoniali maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale.

PARTE TERZA

OBBLIGAZIONI, CONTRATTI E RESPONSABILITA'

(coordinata da Fabio Antezza e Andrea Penta)

CAPITOLO VII

LE OBBLIGAZIONI IN GENERALE

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Fonti: omessa o tardiva trasposizione di direttive europee ed obbligazione ex lege. – 3. Fonti: riscossione di imposte, cancellazione della società ed obbligazione civile ex lege. – 4. Fonte contrattuale, formazione progressiva ed obbligazione solidale. – 5. Obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza quale fonte di autonomo dovere giuridico, con particolare riferimento alla fideiussione ed alla vendita anticipata di cosa data in pegno. – 6. Adempimento secondo diligenza e rapporti con correttezza e buona fede dell'altro contraente: risoluzione del contratto e sospensione dell'adempimento. – 7. Valutazione comparativa della condotta delle parti improntata alla verifica del rispetto del principio di buona fede e la mora debendi. – 8. Correttezza, buona fede e solidarietà: inadempimento e valutazione della domanda risarcitoria. – 9. Correttezza e buona fede nei rapporti di lavoro. – 10. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale: parcellizzazione della domanda giudiziale. – 11. Compensazione e risoluzione del contratto d'investimento dei valori immobiliari. – 12. Eccezione di compensazione ed eccezione di prescrizione presuntiva. – 13. Compensazione (anche c.d. comunitaria) e contestazione del credito in diverso giudizio. – 14. Compensazione con riferimento ad interessi e rivalutazione. – 15. La compensazione nei rapporti tributari e nel fallimento. – 16. Novazione e avallo dell'obbligazione cambiaria. – 17. Novazione e rapporto di lavoro: automatica trasformazione del rapporto part-time in rapporto a tempo pieno. – 18. Novazione e rapporto di lavoro: contratto a termine ed efficacia novativa del precedente rapporto.

1. Premessa.

Nel corso del 2019 la S.C. ha ribadito ed ulteriormente specificato principi in materia di fonti dell'obbligazione, con particolare riferimento all'omessa o tardiva trasposizione di direttive europee ed alla riscossione di imposte oltre che in merito alla formazione progressiva del contratto.

È stato altresì posto alla base di rilevanti decisioni in merito alle obbligazioni il principio di correttezza e buona fede, quale espressione del generale principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., considerato alla stregua di fonte di autonomo dovere giuridico, con particolare riferimento alla fideiussione ed alla vendita anticipata di cosa data in pegno, all'adempimento secondo diligenza (in merito ai rapporti tra risoluzione del contratto e sospensione dell'adempimento) ed alla valutazione comparativa della condotta delle parti (ai fini anche della *mora debendi*).

Il principio in considerazione, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, ha costituito altresì limite alla parcellizzazione della domanda giudiziale ed è stato considerato ai fini della valutazione della domanda risarcitoria.

In tema di compensazione, infine, sono stati anche vagliati i rapporti con l'eccezione di prescrizione presuntiva, con la contestazione del credito in diverso giudizio e con il fallimento.

2. Fonti: omessa o tardiva trasposizione di direttive europee ed obbligazione *ex lege*.

In tema di fonti dell'obbligazione e di natura della relativa responsabilità per l'inadempimento, nel 2019 la S.C. ha confermato l'orientamento per il quale il diritto al risarcimento dei danni per omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi), conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, va ricondotto allo schema della responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria.

Tale responsabilità, ha proseguito **Sez. 3, n. 30502/2019, Cricenti, Rv. 655837-01**, dovendosi considerare il comportamento omissivo dello Stato come antigiusuridico anche sul piano dell'ordinamento interno e dovendosi ricondurre ogni obbligazione nell'ambito della ripartizione di cui all'art. 1173 c.c., va inquadrata nella figura della responsabilità "contrattuale", in quanto nascente non dal fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente. Sicché, il diritto al risarcimento del relativo danno è soggetto all'ordinario termine decennale di prescrizione (in tal senso, tra le alte, anche la conforme precedente Sez. 3, n. 10813/2011, Frasca, Rv. 617336-01).

Ne consegue, peraltro, come ribadito da **Sez. 3, n. 20099/2019, Dell'Utri, Rv. 655029-01**, essendo lo Stato italiano l'unico responsabile di detto inadempimento e, dunque, l'esclusivo legittimato passivo in senso sostanziale, la non configurabilità di una responsabilità, neppure solidale, delle Università presso le quali la specializzazione venne acquisita. Con l'ulteriore conseguenza che l'atto interruttivo della prescrizione proveniente dal medico specializzato ed indirizzato soltanto all'Università non è idoneo a interrompere la prescrizione nei confronti della Presidenza del Consiglio, posto che viene rivolto erroneamente ad un debitore estraneo al rapporto controverso (in senso sostanzialmente conforme la precedente

Sez. 3, n. 23558/2011, Barreca, Rv. 620311-01, la quale ne ha tratto l'ulteriore conseguenza per la quale l'eccezione di prescrizione sollevata dall'Università evocata in giudizio non può giovare all'Amministrazione statale anch'essa convenuta).

3. Fonti: riscossione di imposte, cancellazione della società ed obbligazione civile *ex lege*.

In tema di riscossione, la responsabilità dei liquidatori e degli amministratori per le imposte non pagate con le attività della liquidazione, prevista dall'art. 36 del d.P.R. n. 602 del 1973, come ha chiarito **Sez. 6-T, n. 17020/2019, Gori, Rv. 654398-01**, trova la sua fonte in un'obbligazione civile propria *ex lege* in relazione agli artt. 1176 e 1218 c.c.; sicché, non avendo natura strettamente tributaria, a carico dei predetti non vi è alcuna successione o coobbligazione nei debiti tributari per effetto della cancellazione della società dal registro delle imprese.

In merito Sez. T, n. 11968/2012, Cirillo, Rv. 623331-01, aveva già precisato che il processo tributario iniziato in relazione alle imposte sui redditi nei confronti di una società non può proseguire, una volta che questa si sia estinta per cancellazione dal registro delle imprese, ad opera o nei confronti dell'*ex*-liquidatore o degli *ex*-amministratori, poiché essi non sono successori, e neppure coobbligati della stessa. Ciò in quanto l'azione di responsabilità prevista dall'art. 36 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, è esercitabile, nei confronti del primo di tali soggetti, solo se i ruoli in cui siano iscritti i tributi della società possano essere posti in riscossione e se sia acquisita legale certezza che i medesimi non siano stati soddisfatti con le attività della liquidazione, e, nei confronti degli *ex*-amministratori, alle condizioni della sussistenza di attività nel patrimonio della società e della distrazione di esse a fini diversi dal pagamento delle imposte dovute, e, quindi, in entrambi i casi, sulla base di un titolo autonomo dall'obbligazione fiscale, di natura civilistica, *ex* artt. 1176 e 1218 c.c., ancorché accertabile nelle forme del procedimento e del processo tributario (con conseguente inammissibilità, nella specie, del ricorso per cassazione proposto dall'*ex*-liquidatore di una società a responsabilità limitata già cancellata dal registro delle imprese).

4. Fonte contrattuale, formazione progressiva ed obbligazione solidale.

La stipulazione di un contratto preliminare di preliminare, in virtù del quale le parti si obbligano a concludere un successivo contratto che preveda soltanto effetti obbligatori (nella specie, relativo ad una compravendita immobiliare), ha natura atipica ed è valido ed efficace, ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, perché la procedimentalizzazione delle fasi contrattuali non può essere considerata, di per sé,

connotata da disvalore, se intesa a comporre un complesso di interessi che sono realmente alla base dell'operazione negoziale. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, è idonea a fondare una responsabilità contrattuale da inadempimento di una specifica obbligazione sorta nella fase precontrattuale.

Nei termini di cui innanzi **Sez. 2, n. 26484/2019, Falaschi, Rv. 655674-01**, ha confermato Sez. U, n. 04628/2015, D'Ascola, Rv. 634761-01, mentre **Sez. 2, n. 31188/2019, Giannaccari, Rv. 656194-01**, ha chiarito che in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve innanzitutto verificare se quest'ultimo costituisca già esso stesso un contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti *ex* artt. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.

In caso di stipulazione di un contratto preliminare di preliminare, avente ad oggetto la vendita di un bene in comunione *pro indiviso*, sussistono i presupposti dell'obbligazione solidale passiva, cosicché la domanda di risarcimento del danno per inadempimento può essere proposta dal promissario acquirente nei confronti anche di uno solo dei comproprietari, non ricorrendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

In applicazione del principio di cui innanzi **Sez. 3, n. 06727/2019, Guizzi, Rv. 653252-01**, ha confermato la sentenza che aveva escluso la sussistenza del litisconsorzio necessario con riferimento alla domanda risarcitoria proposta dai promissari acquirenti nei confronti di uno solo dei comproprietari dell'immobile, il quale aveva concluso il relativo contratto preliminare di preliminare sia in proprio, sia quale rappresentante degli altri comproprietari, in forza di procura speciale da questi ultimi ricevuta.

In merito, difatti, l'obbligazione solidale passiva non comporta, sul piano processuale, l'inscindibilità delle cause in quanto, avendo il creditore titolo per rivalersi per l'intero nei confronti di ogni debitore, è sempre possibile la scissione del rapporto processuale, che può utilmente svolgersi anche nei confronti di uno solo dei coobbligati; sicché, se uno solo di essi propone impugnazione (o questa sia formulata nei confronti di uno soltanto), il giudizio può proseguire senza dover integrare il contraddittorio nei confronti degli altri, non ricorrendo una delle ipotesi previste dall'art. 331 c.p.c. (Sez. 2, n. 02854/2016, Falabella, Rv. 638857-01). Non ricorre difatti un'ipotesi di litisconsorzio necessario quando la causa ha ad oggetto un'obbligazione solidale, poiché la struttura del rapporto consente ad ogni creditore di esigere – e obbliga ciascun debitore a corrispondere – l'intero (Sez. 3, n. 14844/2007, Durante, Rv. 598171-01, che nella specie ha escluso l'applicabilità

dell'art. 102 c.p.c. alla causa intentata nei confronti di uno soltanto dei presunti responsabili di illeciti commessi mediante assegni bancari, fonte di dissesto contabile di una banca). Con particolare riferimento al preliminare di vendita di un bene immobile considerato come un *unicum* inscindibile, invece, Sez. 1, n. 17405/2009, Didone, Rv. 609477-01, aveva ritenuto sussistenti i presupposti dell'obbligazione solidale passiva, *ex* artt. 1292 e 1294 c.c., e cioè la pluralità dei soggetti, l'identità della prestazione cui essi sono tenuti (la prestazione del consenso alla stipula di quello definitivo) e l'identità della fonte dell'obbligazione (il contratto preliminare stipulato), non rilevando la eventuale disparità delle singole quote, la quale concerne solamente il rapporto interno tra i debitori, e non anche quello esterno con i creditori. Ne consegue che, se fallisce uno dei comproprietari promittenti venditori ed il curatore dichiara lo scioglimento del contratto preliminare *ex* art. 72, comma 4, della l.f., ciascuno dei promittenti venditori *in bonis* è tenuto per intero alle restituzioni dovute (in applicazione di tale principio, la S.C aveva cassato, sul punto, la sentenza impugnata, che aveva diviso a metà la somma da restituire al promittente acquirente - in quanto versata a titolo di cauzione - tra la parte dichiarata fallita e le parti non fallite, in proporzione alle quote dominicali sul bene).

5. Obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza quale fonte di autonomo dovere giuridico, con particolare riferimento alla fideiussione ed alla vendita anticipata di cosa data in pegno.

La piena operatività delle clausole generali della correttezza e della buona fede comporta la necessità di negare tutela alla parte che tali clausole abbia violato e pretenda di riversare sulla controparte un pregiudizio che avrebbe potuto facilmente evitare.

Tale conclusione si impone alla luce dei consolidati arresti di legittimità secondo cui la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*. Tale impegno solidaristico trova il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico (Sez. 3, n. 10182/2009, Vivaldi, Rv. 608010-01 nonché, tra le precedenti conformi, Sez. 3, n. 00264/2006, Vivaldi, Rv. 586187-01). Ciò atteso che il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo

all'interesse del creditore" – deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (Sez. 3, n. 22819/2010, Amendola, Rv. 614831-01, nonché la precedente conforme Sez. U, n. 28056/2008, Morcavallo, Rv. 605685-01).

In dichiarata continuità con tali arresti, **Sez. 3, n. 32478/2019, Sestini, Rv. 655981-01**, ha affermato che in materia di responsabilità da fideiussione, gli obblighi di buona fede e correttezza contrattuale – da intendersi in senso oggettivo – impongono alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fideiussore, con la conseguenza che la loro violazione non consente l'esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito.

In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva escluso la violazione delle clausole di correttezza e buona fede sul mero assunto che la scelta dell'appaltante garantito di pagare all'appaltatore il saldo finale, nonostante la presenza di vizi ed a fronte dell'impegno all'eliminazione degli stessi, non fosse censurabile sotto il profilo della colpa – non essendo l'inadempimento ancora divenuto definitivo – , laddove avrebbe dovuto invece considerare – sul piano oggettivo – l'idoneità della condotta a salvaguardare l'interesse del garante ovvero ad aggravarne la posizione.

Parimenti, con riferimento alla vendita anticipata di cosa data in pegno, di cui all'art. 2795 c.c., quale strumento conservativo del valore economico del bene in garanzia che sottende, per sua natura, la cooperazione tra datore del bene e creditore garantito, **Sez. 1, n. 12863/2019, Dolmetta, Rv. 654163-01**, ha chiarito che viola l'obbligo di buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto e di conservazione della cosa ricevuta *ex art. 2790 c.c.* il creditore garantito che, a fronte di un rischio oggettivo e sensibile di deterioramento del bene in garanzia, non si attiva per procedere all'eventuale liquidazione del medesimo ovvero non dà tempestivo e motivato riscontro alle sollecitazioni di liquidazione provenienti dal datore, che paventi il rischio concreto di deterioramento del bene in garanzia.

In applicazione del principio la S.C. ha cassato la sentenza che, rilevata la mancata attivazione da parte del costituente il pegno *ex art. 2795, comma 3, c.c.*, aveva rigettato la domanda di risarcimento danni proposta nei confronti della banca che, nonostante fosse garantita da titoli quotati nel mercato regolamentato e soggetti a forte decremento di valore, era rimasta inerte nonostante le sollecitazioni del debitore per la loro monetizzazione.

6. Adempimento secondo diligenza e rapporti con correttezza e buona fede dell'altro contraente: risoluzione del contratto e sospensione dell'adempimento.

La S.C. anche nel 2019 ha evidenziato i rapporti tra inadempimento contrattuale di un contraente e dovere di buona fede e correttezza dell'altro contraente, con particolare riferimento anche ai rapporti tra risoluzione del contratto e sospensione dell'adempimento.

In presenza dei presupposti previsti per la più radicale scelta negoziale della risoluzione del contratto a maggior ragione, come il più comprende il meno, deve riconoscersi la legittimità della sospensione, peraltro parziale, della controprestazione, trattandosi di rimedio meno radicale, consentito dalla legge in via di autotutela nella fase esecutiva del contratto, alla parte non inadempiente (posto che l'art. 1460, comma 1, c.c., richiede addirittura presupposti "meno gravi", non necessitando per la sua operatività la gravità dell'inadempimento). L'art. 1460 c.c., in particolare, è costantemente interpretato quale mezzo di autotutela, che attiene alla fase esecutiva del contratto e non mira, come la risoluzione, allo scioglimento del vincolo, ma anzi ne presuppone la permanenza.

Sez. 3, n. 20322/2019, Iannello, Rv. 654927-01, nei termini di cui innanzi, ha rammentato, sulla scorta e in continuità con consolidata giurisprudenza, il rilievo che, nell'istituto della sospensione dell'adempimento regolato dall'art. 1460 c.c., assume il principio di correttezza e buona fede oggettiva *ex* artt. 1175 e 1375 c.c., al quale del resto fa esplicito rimando il secondo comma dello stesso art. 1460 c.c. là dove correla alla considerazione delle circostanze del caso concreto la valutazione della legittimità della sospensione secondo "buona fede". Correlazione che non altrimenti può concretizzarsi se non nella "commisurazione del rilievo sinallagmatico delle obbligazioni coinvolte", ossia nella "proporzionalità" dei rispettivi inadempimenti da valutare non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che le parti se ne facciano ma in relazione alla oggettiva proporzione degli inadempimenti stessi, riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto ed alla buona fede (si vedano a tale riguardo anche, *ex plurimis*, Sez. 3, n. 02855/2005, Segreto, Rv. 582070-01 e successive sostanzialmente conformi, tra cui Sez. 3, n. 22039/2017, Moscarini, Rv. 645735-01).

Per stabilire in concreto, dunque, se l'eccezione di inadempimento sia stata sollevata in buona fede oppure no, è altrettanto pacifico nella giurisprudenza di legittimità che il giudice di merito deve verificare "se la condotta della parte inadempiente, avuto riguardo all'incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, abbia influito sull'equilibrio sinallagmatico dello stesso, in rapporto all'interesse perseguito dalla parte, e perciò abbia legittimato, causalmente e

proporzionalmente, la sospensione dell'adempimento dell'altra parte" (Sez. 1, n. 02720/2009, Panzani, Rv. 606502-01; sul punto si veda anche Sez. 3, n. 16822/2003, Iannelli, Rv. 567989-01).

Sulla scia dell'orientamento di cui innanzi, la citata **Sez. 3, n. 20322/2019**, ha ritenuto insussistenti dati positivi e ragioni logiche o sistematiche che impongano di adottare, con riferimento al contratto di locazione, una interpretazione diversa ovvero una versione più limitata di tale strumento di autotutela e dei relativi presupposti. I detti criteri di buona fede e proporzionalità sinallagmatica che concretano il funzionamento dell'istituto verrebbero difatti traditi ove, pur in presenza di accertati inadempimenti del locatore, ancorché non tali da escludere ogni possibilità di godimento dell'immobile, non si ammettesse una «proporzionale» sospensione della prestazione di controparte, ma se ne richiedesse al contrario l'integrale adempimento.

Sicché, ha sostanzialmente concluso la citata S.C., in tema di locazione di immobili, il conduttore può sollevare l'eccezione di inadempimento, ai sensi dell'art. 1460 c.c., non solo quando venga completamente a mancare la prestazione del locatore, ma anche nell'ipotesi di suo inesatto adempimento, tale da non escludere ogni possibilità di godimento dell'immobile, purché la sospensione del pagamento del canone appaia giustificata, in ossequio all'obbligo di comportarsi secondo buona fede, dall'oggettiva proporzione dei rispettivi inadempimenti, avuto riguardo all'incidenza della condotta della parte inadempiente sull'equilibrio sinallagmatico del contratto, in rapporto all'interesse della controparte. Nella specie, in applicazione del principio, è stato accolto il ricorso proposto dal conduttore che aveva lamentato l'erroneità della decisione di merito nella parte in cui aveva ritenuto illegittima la sospensione, da parte sua, del pagamento dei canoni, a fronte dell'inadempimento del locatore all'obbligo assunto di ottenere dalla P.A. il mutamento di destinazione d'uso dell'immobile da "magazzino" a "locale commerciale", nonché per le infiltrazioni d'acqua e gli allagamenti verificatisi.

Parimenti, **Sez. 3, n. 16918/2019, Graziosi, Rv. 654401-02**, sempre in tema di locazione, ha precisato che il conduttore dell'immobile può sollevare l'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. non solo quando venga completamente a mancare la prestazione della controparte, ma anche nel caso in cui dall'inesatto adempimento del locatore derivi una riduzione del godimento del bene locato, purché la sospensione, totale o parziale, del pagamento del canone risulti giustificata dall'oggettiva proporzione dei rispettivi inadempimenti, riguardata con riferimento al complessivo equilibrio sinallagmatico del contratto e all'obbligo di comportarsi secondo buona fede (sempre in merito ai rapporti tra principio *inadimplenti non est adimplendum* e canoni di correttezza e buona fede, si vedano anche Sez. 3, n.

22039/2017, Moscarini, Rv. 645735, sempre con riferimento al contratto di locazione, e, più in generale, Sez. 3, n. 11783/2017, Sestini, Rv. 644197-01).

7. Valutazione comparativa della condotta delle parti improntata alla verifica del rispetto del principio di buona fede e la *mora debendi*.

In caso di offerta non formale di una prestazione che abbia ad oggetto la consegna di cose specifiche, al fine di valutare la legittimità del rifiuto del creditore e quindi, di conseguenza, l'impedimento della mora del debitore, occorre compiere una valutazione comparativa della condotta delle parti, improntata alla verifica del rispetto del principio della buona fede.

Sicché, ha concluso **Sez. 2, n. 28275/2019, Criscuolo, Rv. 655688-01**, anche a fronte di un rifiuto del creditore, motivato dalla negazione della stessa identità tra i beni offerti dal debitore (nella specie con la stessa proposizione della domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre) e quelli dovuti per contratto, negazione mantenuta ferma durante tutta la durata del giudizio, va esclusa la *mora debendi*, anche nel caso in cui gli immobili, pur correttamente individuati, manchino delle sole rifiniture interne.

I rapporti tra inadempimento contrattuale di un contraente e dovere di buona fede e correttezza dell'altro contraente hanno già in passato costituito oggetto di particolare attenzione da parte della giurisprudenza di legittimità, nella specie, con particolare riferimento a prestazione d'opera professionale del notaio che, al momento della stipula di un mutuo ipotecario, deve essere certo dell'identità personale delle parti, secondo regole di diligenza qualificata, prudenza e perizia professionale. A tal fine, come ha precisato Sez. 3, n. 13362/2018, Scarano, Rv. 648795-01, l'identificazione della parte fondata, oltre che sull'esame della carta d'identità (o altro documento equipollente), anche sul confronto della corrispondenza dei dati identificativi della persona con quelli riportati nella documentazione approntata dalla banca ai fini dell'istruttoria della pratica di mutuo, consente di ritenere adempiuto il suddetto obbligo professionale. Per converso, ha proseguito la S.C., è contrario a buona fede o correttezza il comportamento della banca che, dopo aver predisposto la documentazione per la stipula del mutuo comprensiva anche dei dati identificativi del mutuatario, si dolga della erronea identificazione compiuta dal notaio sulla base dell'apparente regolarità della carta d'identità.

8. Correttezza, buona fede e solidarietà: inadempimento e valutazione della domanda risarcitoria.

I principi di correttezza e buona fede nonché di solidarietà, anche nel 2019, sono stati posti dalla S.C. alla base non solo della valutazione della condotta dei contraenti ma anche della domanda risarcitoria.

In tema di determinazione del danno risarcibile, non assurge a fatto colposo del creditore, idoneo a ridurre o a escludere il risarcimento del danno, la circostanza che il danneggiato abbia agito tardivamente nei confronti dell'autore della violazione, quand'anche un'ipotetica tempestiva azione fosse astrattamente suscettibile di circoscrivere l'entità del pregiudizio.

Invero, ha proseguito **Sez. 1, n. 03797/2019, Nazzicone, Rv. 652554-01**, l'art. 1227, comma 2, c.c., che costituisce un'applicazione dell'art. 1175 c.c., pur imponendo al creditore di tenere una condotta attiva, diretta a limitare le conseguenze dannose dell'altrui comportamento, non arriva a pretendere il compimento di attività gravose o implicantì rischi, tra le quali ben può ricomprendersi l'avvio di un'azione giudiziale. Proprio in applicazione del predetto principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva escluso il risarcimento dei danni per la perdita della possibilità di sfruttamento commerciale di alcuni modelli ornamentali, conseguente alla registrazione e alla successiva caduta in pubblico dominio di questi ultimi, in ragione del fatto che la relativa domanda era stata proposta dopo più di cinque anni dalla registrazione in parola.

Con riferimento all'assicuratore della responsabilità civile, poi, **Sez. 3, n. 28811/2019, Rossetti, Rv. 655963-03**, ha chiarito che lo stesso può essere tenuto al pagamento di somme eccedenti il massimale – oltre che nell'ipotesi prevista dall'art. 1917, comma 3, c.c. – nei casi, tra loro diversi, della *mora debendi*, costituita dal ritardo nell'adempimento dell'obbligazione indennitaria dal quale derivano le conseguenze *ex art.* 1224 c.c. (ivi compreso il maggior danno ai sensi del secondo comma), oppure della *mala gestio*, determinata dall'inadempimento (art. 1218 c.c.) dei doveri di diligenza e correttezza nella trattazione del sinistro, dal quale discende l'obbligo di risarcire il danno causato all'assicurato, qualora allegato e provato.

Già Sez. 3, n. 01829/2018, Fanticini, Rv. 647588-01, in materia di responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore (*ex art.* 145 del d.lgs. n. 209 del 2005), aveva chiarito che non può essere proposta azione risarcitoria dal danneggiato che, in violazione dei principi di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.), con la propria condotta abbia impedito all'assicuratore di compiere le attività volte alla formulazione di una congrua offerta ai sensi dell'art. 148 del medesimo Codice della assicurazioni private. Parimenti, sempre in tema di valutazione della domanda risarcitoria, come già chiarito da Sez. 3, n. 17724/2018,

Di Florio, Rv. 650180-01, in tema di danno non patrimoniale da “vacanza rovinata”, il quale, secondo quanto espressamente previsto in attuazione della direttiva n. 90/314/CEE, costituisce uno dei casi previsti dalla legge ai sensi dell’art. 2059 c.c. di pregiudizio risarcibile, spetta al giudice di merito procedere alla valutazione della domanda risarcitoria alla stregua dei generali precetti di correttezza e buona fede e alla considerazione dell’importanza del danno, fondata sul bilanciamento, per un verso, del principio di tolleranza delle lesioni minime e per l’altro, della condizione concreta delle parti. Così statuendo la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza impugnata, per omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione fra le parti, consistente nell’omessa valutazione della ripercussione negativa del tardivo ritrovamento del bagaglio sulla prosecuzione del periodo di vacanza. Il danno in esame, difatti, richiede la verifica della gravità della lesione e della serietà del pregiudizio patito dall’istante, al fine di accertarne la compatibilità col principio di tolleranza delle lesioni minime (precipitato, a propria volta, del dovere di solidarietà sociale previsto dall’art. 2 Cost.). Essa si traduce in un’operazione di bilanciamento demandata al prudente apprezzamento del giudice di merito, il quale, dalla constatazione della violazione della norma di legge che contempla il diritto oggetto di lesione, attribuisce rilievo solo a quelle condotte che offendono in modo sensibile la portata effettiva dello stesso (Sez. 3, n. 14662/2015, Amendola, Rv. 636373-01).

9. Correttezza e buona fede nei rapporti di lavoro.

In tema di licenziamento individuale per giusta causa, **Sez. L, n. 03655/2019, Balestrieri, Rv. 652870-01**, ha confermato l’orientamento per il quale l’insussistenza del fatto contestato, che rende applicabile la tutela reintegratoria ai sensi dell’art. 18, comma 4, st. lav., come modificato dall’art. 1, comma 42, lett. b), della l. n. 92 del 2012, comprende anche l’ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, come nell’ipotesi del dipendente che, durante il periodo di assenza per malattia, svolga un’altra attività lavorativa, senza che ciò determini, per le sue concrete modalità di svolgimento, alcun rischio di aggravamento della patologia né alcun ritardo nella ripresa del lavoro, e dunque senza violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nell’esecuzione del rapporto.

In senso sostanzialmente conforme la precedente Sez. L, n. 29062/2017, Amendola, Rv. 646443-01, che ha cassato la sentenza di appello che aveva applicato la tutela indennitaria cd. forte in luogo della reintegratoria, nei confronti di un lavoratore in congedo straordinario retribuito *ex art.* 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, che, allontanatosi in alcune giornate dall’abitazione della madre disabile cui prestava assistenza continuativa e con la quale conviveva, aveva comunque garantito l’intervento assistenziale, alternandosi durante il giorno con altre persone,

assicurando continuativamente l'assistenza notturna). In termini più generali Sez. L, n. 01173/2018, Garri, Rv. 647202-01, per la quale lo svolgimento da parte del lavoratore di un'attività extralavorativa durante lo stato di malattia contrasta con gli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro, qualora si riscontri, con onere della prova a carico del datore di lavoro, che tale attività costituisce indice di scarsa attenzione del lavoratore alla propria salute e ai relativi doveri di cura e non ritardata guarigione. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento del lavoratore, in malattia per una distorsione al ginocchio, che durante il periodo di recupero si era dedicato a una moderata attività fisica, consistente in brevi passeggiate e bagni di mare).

In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo a causa della soppressione del posto cui era addetto il lavoratore, il datore ha l'onere di provare non solo che al momento del licenziamento non sussistesse alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa per l'espletamento di mansioni equivalenti, ma anche, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, di aver prospettato al dipendente, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale (Sez. L, n. 04509/2016, Lorito, Rv. 639082-01, in applicazione del principio ha cassato la decisione di merito che aveva onerato il lavoratore della manifestazione di volontà alla stipula di un patto di demansionamento).

Nel confermare il principio di cui innanzi, **Sez. L, n. 29099/2019, Patti, Rv. 655704-01**, ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato al lavoratore in seguito all'esternalizzazione dell'attività svolta da quest'ultimo, al quale era stata previamente offerta una posizione di mansione inferiore - non esistendo posti disponibili del suo livello di inquadramento - dal medesimo rifiutata.

10. Principio di correttezza e buona fede ed azione giudiziale: parcellizzazione della domanda giudiziale.

Il frazionamento del credito si pone in contrasto tanto con il principio di correttezza e buona fede, quanto con il principio costituzionale del giusto processo sicché, ove si contesti l'avvenuta parcellizzazione della domanda, la sentenza pronunciata in primo grado dal giudice di pace secondo equità, *ex art. 113 c.p.c.*, è appellabile ai sensi dell'art. 339, comma 3, c.p.c., disposizione che per l'appunto include, tra i casi in cui è esperibile detto mezzo di impugnazione, anche la violazione delle norme costituzionali.

Con la statuizione di cui innanzi **Sez. 6-2, n. 15398/2019, Orilla, Rv. 654137-01**, si è esplicitamente collocata nel solco della giurisprudenza della S.C. in merito ai

descritti rapporti tra frazionamento del credito e principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento.

L'esigenza di non violare il detto principio, oltre che quello costituzionale del giusto processo, impedisce al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, per sua esclusiva utilità e con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore.

Tale scissione del contenuto della obbligazione, ha proseguito Sez. 6-2, n. 19898/2018, Falaschi, Rv. 650068-01, attuata mediante la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria, si traduce in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale, con conseguente improcedibilità delle relative domande.

L'ordinanza appena citata ha confermato l'orientamento frutto dell'intervento nomofilattico di Sez. U, n. 23726/2007, Morelli, Rv. 599317-01. Quest'ultima sentenza ha altresì aggiunto che la relativa domanda di condanna della controparte al risarcimento dei danni per malafede nel comportamento processuale (consistente, nella specie, proprio nel frazionamento di un unico credito in molteplici domande giudiziali) deve qualificarsi come domanda di condanna per lite temeraria ai sensi dell'art. 96 c.p.c., così attenendo esclusivamente al profilo del regolamento delle spese processuali senza incidere sul valore della controversia. Così statuendo, le citate Sez. U hanno ritenuto ammissibile il ricorso avverso la sentenza del giudice di pace pronunciata secondo equità in una controversia in cui la domanda principale, ove non sommata a quella di risarcimento danni per il comportamento processuale della controparte, si sarebbe mantenuta nei limiti fissati dall'art. 113 c.p.c.

Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono comunque essere proposte in separati processi. Ove però le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo (sì da non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale), le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Laddove invece manchi la corrispondente deduzione del detto interesse, il giudice che intenda farne oggetto

di rilievo dovrà indicare la relativa questione *ex art.* 183, c.p.c., riservando, se del caso, la decisione con termine alle parti per il deposito di memorie *ex art.* 101, comma 2, c.p.c. In tal senso si sono espresse Sez. U, n. 04090/2017, Di Iasi, Rv. 643111-01, oltre che, tra le più recenti, Sez. 2, n. 17893/2018, D'Ascola, Rv. 649387-01, nonché, con particolare riferimento alla necessità dell'oggettivo interesse al frazionamento del credito, Sez. 2, n. 20714/2018, Besso Marcheis, Rv. 650013-01.

Medesimi principi governano poi anche la materia del risarcimento dei danni da responsabilità civile.

Il danneggiato, a fronte di un unitario fatto illecito produttivo di danni a cose e persone, non può frazionare la tutela giudiziaria, agendo separatamente per il risarcimento dei relativi danni, neppure mediante riserva di farne valere ulteriori e diversi in altro procedimento, trattandosi di condotta che aggrava la posizione del danneggiante-debitore, ponendosi in contrasto con il generale dovere di correttezza e buona fede e risolvendosi in un abuso dello strumento processuale, salvo che risulti in capo all'attore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Nella specie, Sez. 3, n. 17019/2018, Saija, Rv. 649441-02, ha confermato la decisione impugnata che aveva ritenuto illegittima la condotta processuale dell'attore il quale, dopo aver proposto una prima azione di risarcimento per i danni materiali subiti in occasione di un sinistro stradale, ne aveva proposta una seconda per quelli alla persona, nonostante che alla data dell'esercizio della prima azione l'intero panorama delle conseguenze dannose fosse pienamente emerso. L'ordinanza da ultimo citata, infine, ha confermato l'orientamento per il quale la violazione del divieto di promuovere separati giudizi per domandare il risarcimento di danni differenti causati dal medesimo fatto illecito ha per conseguenza l'inammissibilità della sola domanda di risarcimento proposta per seconda. Per converso, deve ritenersi ammissibile la domanda di risarcimento proposta per prima, anche se abbia ad oggetto una parte soltanto del pregiudizio patito dalla vittima, in quanto è sempre facoltà del creditore chiedere l'adempimento parziale dell'obbligazione (in senso conforme si veda Sez. 6-3, n. 22503/2016, Rossetti, Rv. 642994-01).

Parimenti, come ha chiarito **Sez. 6-L, n. 26089/2019, Cavallaro, Rv. 655428-01**, in tema di plurime obbligazioni pecuniarie relative al medesimo rapporto di lavoro, a fronte di un unitario fatto illecito produttivo di danni, è configurabile un abusivo frazionamento della domanda, in contrasto con il generale dovere di correttezza e buona fede, qualora vi sia la proposizione di un'azione per il risarcimento dei danni non patrimoniali successivamente a quella per il risarcimento dei danni patrimoniali, salvo che risulti un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata.

11. Compensazione e risoluzione del contratto d'investimento dei valori immobiliari.

Quando sia dichiarata la risoluzione del contratto d'investimento in valori mobiliari, si ingenerano tra le parti reciproci obblighi restitutori, dovendo l'intermediario restituire l'intero capitale investito, mentre l'investitore è obbligato alla restituzione del valore delle cedole corrisposte e dei titoli acquistati, secondo la disciplina di cui all'art. 2038 c.c. I reciproci crediti vantati dalle parti, ove ne ricorrano i presupposti, possono compensarsi legalmente, ai sensi dell'art. 1243 c.c.

In applicazione del principio, **Sez. 1, n. 02661/2019, Nazzicone, Rv. 652415-01**, cassando la pronuncia impugnata ha prescritto alla Corte d'Appello in sede di rinvio: di valutare le domande restitutorie con riguardo, rispettivamente, alla somma originariamente investita ed alle cedole ed ai titoli oggetto dell'investimento; di verificare se i titoli fossero ancora nella disponibilità degli investitori; di verificare la sussistenza dei presupposti della compensazione nei limiti della coesistenza dei crediti; di statuire sulla domanda risarcitoria con riguardo al danno eventualmente residuo agli investitori dopo aver proceduto alle restituzioni dovute.

12. Eccezione di compensazione ed eccezione di prescrizione presuntiva.

L'eccezione di compensazione dedotta in via subordinata determina il rigetto di quella di prescrizione presuntiva proposta in via principale in quanto costituisce implicita ammissione dell'esistenza del debito.

Nel senso di cui innanzi si veda **Sez. 2, n. 02970/2019, Oliva, Rv. 652432-01**, mentre la precedente Sez. 2, n. 30058/2017, Picaroni, Rv. 646603-01, ha chiarito che la prescrizione presuntiva ai sensi dell'art. 2959 c.c. si fonda non sull'inerzia del creditore e sul decorso del tempo – come accade per la prescrizione ordinaria – ma sulla presunzione che, in considerazione della natura dell'obbligazione e degli usi, il pagamento sia avvenuto nel termine previsto. Conseguentemente, l'eccezione di prescrizione deve essere rigettata qualora il debitore ammette di non avere pagato, dovendo considerarsi sintomatica del mancato pagamento e, dunque, contrastante con i presupposti della relativa presunzione, la circostanza che l'obbligato abbia contestato di dovere pagare in tutto o in parte il debito o che soggetto obbligato sia un terzo, essendo tali circostanze incompatibili con la prescrizione presuntiva che presuppone l'avvenuto pagamento e il riconoscimento dell'obbligazione. L'eccezione di prescrizione presuntiva non può essere utilmente sollevata dal debitore che abbia ammesso in giudizio che l'obbligazione non è stata estinta, dovendosi ritenere che tale situazione ricorra allorché il debitore neghi l'esistenza, in tutto o in parte, del credito oggetto della domanda, ovvero eccepisca che il vero creditore sia persona diversa da quella che agisce in giudizio oppure sostenga di

avere soddisfatto il creditore in riferimento ad un rapporto di contenuto ridotto rispetto a quello oggetto della controversia (Sez. L, n. 21107/2009, D'Agostino, Rv. 609970-01).

13. Compensazione (anche c.d. comunitaria) e contestazione del credito in diverso giudizio.

La compensazione, legale o giudiziale, rimane impedita tutte le volte in cui il credito opposto in compensazione sia stato ritualmente contestato in diverso giudizio non ancora definito, risultando a tal fine irrilevante l'eventuale sentenza di merito o provvedimento di condanna, anche se immediatamente esecutivi, emessi in quel giudizio, perché non consentano di ritenere integrato il requisito della definitività dell'accertamento, e dunque della certezza del controcredito.

Nella specie la **Sez. 3, n. 04313/2019, Scrima, Rv. 652985-01** (seguita, nell'applicazione del principio di cui innanzi, da **Sez. 3, n. 11196/2019, Scarano, Rv. 653708-01**), premesso che pure la c.d. compensazione comunitaria opera secondo la disciplina prevista dalla normativa nazionale, ha ritenuto che non potesse operare la deroga alla compensabilità dei crediti impignorabili – prevista dall'art. 3, comma 5 *duodecies*, del d.l. n. 182 del 2005, conv. con mod. dalla legge n. 231 del 2005 –, tra le somme richieste in ripetizione per provvidenze finanziarie erogate dall'Agea, prospettate come indebite, ed il credito per provvidenze PAC di competenza dell'operatore agricolo, stante la contestazione del controcredito vantato dall'Agea, ancora oggetto di accertamento in diverso giudizio pendente dinanzi al TAR.

Le statuizioni di cui innanzi si inseriscono nel solco del consolidato principio per il quale in tema di compensazione dei crediti, se è controversa, nel medesimo giudizio instaurato dal creditore principale o in altro già pendente, l'esistenza del controcredito opposto in compensazione, il giudice non può pronunciare la compensazione, neppure quella giudiziale, perché, quest'ultima, *ex art.* 1243, comma 2, c.c., presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice dinanzi al quale è fatta valere, mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso e prima che il relativo accertamento sia divenuto definitivo.

Già Sez. 3, n. 31359/2018, Rossetti, 651827-01, aveva aderito all'orientamento proprio di Sez. U, n. 23225/2016, Chiarini, Rv. 641764-01, per la quale, nell'ipotesi di cui innanzi, resta pertanto esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito oggetto della domanda principale, ed è parimenti preclusa l'invocabilità della sospensione contemplata in via generale dall'art. 295 c.p.c. o dall'art. 337, comma 2, c.p.c., in considerazione della prevalenza della disciplina

speciale dell'art. 1243 c.c. Sempre in tema, Sez. 1, n. 17277/2018, Di Marzio, Rv. 649515-01, aveva escluso che, nel giudizio introdotto ai sensi dell'art. art. 35 *ter*, comma 3, della l. n. 354 del 1975, il Ministero della giustizia, convenuto dal detenuto per il risarcimento dei danni patiti a causa delle condizioni di detenzione, potesse opporre in compensazione il credito maturato verso il medesimo detenuto per le spese di mantenimento fintanto che non si sia consumata la facoltà dell'interessato di chiedere la remissione del debito, posto che prima della definizione del procedimento previsto dall'art. 6 del d.P.R. n. 115 del 2002, il controcredito della P.A. non è certo ed esigibile. Il debito del soggetto che, a seguito di revocatoria fallimentare, sia tenuto alla restituzione di una somma ricevuta dal fallito sorge con la sentenza di accoglimento della domanda di revoca e nei confronti della massa dei creditori, con la conseguenza che detto debito non può essere opposto in compensazione con crediti vantati verso il fallito, ancorché ammessi al passivo, perché la compensazione è consentita solo tra i debiti ed i crediti verso il fallito medesimo. In applicazione proprio del principio da ultimo evidenziato, Sez. 1, n. 30824/2018, Terrusi, 651883-01, aveva confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto non compensabile il debito restitutorio di un soggetto nei confronti del fallimento, conseguente all'intervenuta dichiarazione di inefficacia di un atto di liberalità *ex* art. 64 l.fall., con il credito da lui stesso vantato nei confronti del fallito ancorché ammesso al passivo.

Già per Sez. 6-1, n. 23716/2013, De Chiara, Rv. 627997-01, peraltro, un credito contestato in un separato giudizio non è suscettibile di compensazione legale, attesa la sua illiquidità, né di compensazione giudiziale, poiché potrà essere liquidato soltanto in quel giudizio, richiedendosi, invece, per la compensazione volontaria, un patto con cui venga direttamente disposta la compensazione di crediti già esistenti oppure siano fissate le condizioni, derogatorie a quelle di legge (altrimenti si avrebbe compensazione legale o giudiziale), necessarie e sufficienti per il prodursi in futuro dell'effetto compensativo fra le parti.

14. Compensazione con riferimento ad interessi e rivalutazione.

Sempre in tema di compensazione, con riferimento alla rivalutazione ed agli interessi, quando sia stata giudizialmente riconosciuta in favore del convenuto – attore in riconvenzionale a titolo di indebito oggettivo per le somme trattenute senza titolo da controparte – la sussistenza di un credito, posto contestualmente in detrazione, e pertanto compensato, con il maggior credito vantato dalla parte attrice (nella specie per il ritardato rilascio dell'immobile al convenuto medesimo locato), in forza del disposto dell'articolo 1242 c.c. il primo dei due crediti deve ritenersi

estinto per compensazione sin dal momento della coesistenza degli stessi, senza che sia stato mai produttivo di interessi o di rivalutazione monetaria.

Nei detti termini ha argomentato **Sez. 1, n. 12016/2019, Tricomi, Rv. 653909-01**, per la quale, il detto effetto compensativo nella specie si era già verificato al momento della proposizione della domanda riconvenzionale, momento dal quale, giusto disposto dall'art. 2033 c.c., decorrono gli interessi moratori, dovendosi presumere la buona fede dell'*accipiens* in difetto di specifiche prove contrarie (in termini sostanzialmente conformi la precedente Sez. 3, n. 10297/2007, Federico, Rv. 596440-01, che in applicazione del principio aveva rigettato il ricorso con il quale il locatario aveva denunciato il mancato riconoscimento, da parte del giudice del merito, degli interessi legali e della rivalutazione monetaria sulla somma da lui vantata a titolo di indebito).

15. La compensazione nei rapporti tributari e nel fallimento.

L'art. 1243 c.c. stabilisce i presupposti sostanziali ed oggettivi del credito opposto in compensazione, ossia la liquidità, inclusiva del requisito della certezza, e l'esigibilità. Nella loro ricorrenza, il giudice dichiara l'estinzione del credito principale per compensazione legale, a decorrere dalla sua coesistenza con il controcredito e, accogliendo la relativa eccezione, rigetta la domanda, mentre, se il credito opposto è certo ma non liquido, perché indeterminato nel suo ammontare, in tutto o in parte, egli può provvedere alla relativa liquidazione, se facile e pronta, e quindi può dichiarare estinto il credito principale per compensazione giudiziale sino alla concorrenza con la parte di controcredito liquido, oppure può sospendere cautelativamente la condanna del debitore fino alla liquidazione del controcredito eccepito in compensazione (Sez. U, n. 23225/2016, Chiarini, Rv. 641764-02).

Nel processo tributario, ha chiarito **Sez. 5, n. 21082/2019, Locatelli, Rv. 654963-01**, qualora il contribuente agisca per ottenere il rimborso di un proprio credito di imposta, l'Amministrazione finanziaria, ferma restando la facoltà di esercitare discrezionalmente i poteri autoritativi di sospensione del pagamento delle somme pretese dal creditore e di pronuncia di compensazione nel caso sia a propria volta titolare di controcrediti tributari nei confronti del contribuente, è comunque legittimata, nel corso del giudizio instaurato dal creditore, ad opporre in compensazione ai sensi dell'art. 1243 c.c., i propri crediti certi, liquidi ed esigibili, spettando conseguentemente al giudice la verifica della ricorrenza dei requisiti richiesti per la pronuncia della compensazione legale.

Circa i rapporti con il fallimento, il terzo *in bonis* non può eccepire, *ex art. 56, comma 2, l.fall.*, la compensazione tra un proprio debito verso il fallito con un

credito, scaduto anteriormente alla dichiarazione di fallimento, di cui, però, il primo sia divenuto titolare, per atto di cessione tra vivi, dopo l'apertura del concorso.

Nei termini di cui innanzi **Sez. 1, n. 09528/2019, Campese, Rv. 653688-01**, laddove la precedente Sez. L, n. 10025/2010, Bandini, Rv. 613492-01, aveva chiarito che la disposizione contenuta nell'art. 56 della l.fall. rappresenta una deroga al concorso, a favore dei soggetti che si trovino ad essere al contempo creditori e debitori del fallito, non rilevando il momento in cui l'effetto compensativo si produce e ferma restando l'esigenza dell'anteriorità del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte. Le stesse esigenze poste a base della citata norma giustificano l'ammissibilità anche della compensazione giudiziale nel fallimento, per la cui operatività è necessario che i requisiti dell'art. 1243 c.c. ricorrano da ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia, quando la compensazione viene eccepita. Il citato art. 56, quale unico limite per la compensabilità dei debiti verso il fallito-creditore, prevede altresì l'anteriorità al fallimento del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte. La compensazione fallimentare (come aveva chiarito Sez. 1, n. 09678/2000, Celentano, Rv. 538713-01) è pertanto applicabile non solo quando il credito del terzo non è ancora scaduto alla data della dichiarazione di fallimento, ma anche quando tale scadenza riguardi il credito del fallito; conseguentemente, poiché il credito del socio escluso a seguito della dichiarazione di fallimento, relativo alla liquidazione della quota o al rimborso delle azioni, diviene liquido ed esigibile al momento della delibera di esclusione successiva alla dichiarazione di fallimento ma rinviene il suo fondamento causale nella costituzione del vincolo sociale (antecedente al fallimento), deve ritenersi ammessa la compensazione dei contrapposti crediti del socio e della società essendo il debito di quest'ultima debito verso il fallito e non verso la massa.

16. Novazione e avallo dell'obbligazione cambiaria.

L'avallante di una cambiale può opporre al portatore del titolo l'avvenuto rinnovo di esso solo nel caso in cui tale rinnovo configuri, per espressa volontà delle parti, novazione dell'obbligazione cambiaria, e, cioè, estinzione di quella portata dal titolo rinnovato, non anche nell'ipotesi in cui, difettando l'*animus novandi*, il rinnovo stesso vada considerato quale mera proroga della scadenza del titolo.

Nel senso di cui innanzi **Sez. 3, n. 21769/2019, Rossetti, Rv. 654928-01** (conforme a Sez. 3, n. 04532/1976, Bologna, Rv. 383250-01), laddove la precedente Sez. 1, n. 22916/2010, Fioretti, Rv. 614554-01, aveva chiarito che la mera sostituzione di una cambiale con altri titoli di credito non implica, in difetto della prova di una diversa volontà delle parti, una novazione dell'obbligazione e del

rapporto cambiario, potendo essa risolversi in una mera dilazione di pagamento o in ragione del disposto dell'art. 1230, comma 2, c.c., il quale esige che la volontà di estinguere l'obbligazione precedente risulti in modo non equivoco.

17. Novazione e rapporto di lavoro: automatica trasformazione del rapporto *part-time* in rapporto a tempo pieno.

In tema di lavoro a tempo parziale, l'osservanza di un orario lavorativo (nella specie, a favore della Società Autostrade) pari a quello previsto per il tempo pieno è idonea a comportare, nonostante la difforme iniziale volontà delle parti, l'automatica trasformazione del rapporto *part-time* in altro a tempo pieno, non occorrendo, a tal fine, l'osservanza di alcun requisito formale (**Sez. L, n. 20209/2019, Curcio, Rv. 654789-01**, conforme a Sez. L, n. 15774/2011, Filabozzi, Rv. 618723-01). La sopravvenuta conversione giudiziale del rapporto a tempo indeterminato "*full time*" non travolge la pattuizione dell'orario a tempo parziale già convenuta tra datore e lavoratore in virtù di autonomo atto negoziale, non subordinato, sul piano della gerarchia delle fonti dell'obbligazione, a quello etero-integrato in virtù della norma imperativa sull'illegittima apposizione del termine, occorrendo piuttosto accertare – con valutazione riservata al giudice di merito – se la nuova pattuizione sia caratterizzata dalla volontà di far sorgere un nuovo rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente (Sez. L, n. 16022/2018, Cinque, Rv. 649354-01).

18. Novazione e rapporto di lavoro: contratto a termine ed efficacia novativa del precedente rapporto.

L'accertamento dell'illegittimità di un contratto di somministrazione di lavoro a termine e la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con l'utilizzatore non determinano di per sé l'illegittimità del successivo contratto di lavoro a tempo determinato tra le stesse parti e non travolgono il giudicato che si sia eventualmente formato sulla legittimità di esso, dovendosi ritenere, alla luce della diversità delle due tipologie contrattuali, che il contratto a termine abbia efficacia novativa del precedente rapporto (**Sez. L, n. 13515/2019, Patti, Rv. 653957-01**).

Già in precedenza era stato peraltro confermato l'orientamento per il quale in presenza di una pluralità di contratti a tempo determinato, qualora il primo contratto della serie sia dichiarato illegittimo, con conseguente trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato, la stipulazione dei successivi contratti non incide sulla già intervenuta trasformazione del rapporto. È fatta salva però la prova (come statuito da Sez. L, n. 05714/2018, Amendola, Rv. 647524-01) di una novazione ovvero di una risoluzione anche tacita del medesimo, sicché, una volta

accertata con sentenza passata in giudicato la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ogni successiva stipulazione di contratti a termine intervenuta *medio tempore*, così come il contenzioso giudiziale pendente relativo ad essi, non può incidere su detto accertamento (in senso sostanzialmente conforme la precedente Sez. L, n. 00903/2014, Tria, Rv. 629258-01).

CAPITOLO VIII

IL CONTRATTO IN GENERALE

(DI DARIO CAVALLARI E FRANCESCO CORTESI)²

SOMMARIO: 1. Contratto atipico. - 2. Conclusione del contratto, presunzione di conoscenza, proposta e accettazione. - 3. Integrazione del contratto e responsabilità precontrattuale. - 4. Condizioni generali e clausole vessatorie. - 5. Oggetto. - 6. Forma. - 7. Preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. - 8. Condizione. - 9. L'interpretazione e l'integrazione del contratto: i criteri ermeneutici e lo scopo concretamente perseguito dalle parti. - 9.1. La buona fede come criterio di integrazione del contratto ed elemento di valutazione della condotta delle parti. 10. L'inadempimento del contratto, i rimedi caducatori e la clausola penale. - 10.1. Il rimedio risolutorio e la gravità dell'inadempimento. - 10.2. Gli effetti della risoluzione e l'operatività del meccanismo della clausola penale nel danno conseguente all'inadempimento. - 10.3. Rapporti fra risoluzione e recesso. - 11. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi. - 11.1. Il cd. contratto preliminare aperto. - 12. La nullità del contratto. - 12.1. Oneri formali e nullità protettive. - 12.2. Le nullità virtuali. - 13. L'annullamento del contratto ed i vizi del consenso.

1. Contratto atipico.

In tema di contratto misto, **Sez. 2, n. 26485/2019, Besso Marcheis, Rv. 655471-01**, ha chiarito che la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cd. teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente. In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, in relazione ad un contratto cd. di *banqueting* per l'organizzazione di un banchetto di nozze, nel quale ravvisava la prevalenza degli elementi dell'appalto di servizi, aveva accolto l'eccezione di decadenza dalla garanzia per i vizi in applicazione dell'art. 1667, comma 2, c.c.

Secondo **Sez. 3, n. 10420/2019, Guizzi, Rv. 653578-01**, le conoscenze che, nell'ambito della tecnica industriale, sono richieste per produrre un bene, per attuare un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia, nonché le regole di condotta che, nel campo della tecnica mercantile, vengono desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale (*know how* in senso ampio), ove presentino il carattere della novità (quando comportano vantaggi di ordine tecnologico o competitivo) e della segretezza (se non sono divulgate), assumono rilievo come

²Dario Cavallari ha redatto i paragrafi da 1 ad 8 e Francesco Cortesi quelli da 9 a 13.

autonomo elemento patrimoniale suscettibile di utilizzazione economica da parte del possessore (*know how* in senso stretto), anche se derivino da invenzioni brevettabili che il titolare non intenda brevettare e preferisca sfruttare in regime di segreto, o da ideazioni minori non costituenti vere e proprie invenzioni brevettabili. Ne consegue che il contratto cd. di *know how*, che è un contratto sinallagmatico atipico, è pienamente valido nel nostro ordinamento giuridico a norma dell'art. 1322 c.c., consistendo nel trasferimento, nelle più diverse forme, delle conoscenze tecniche, da sole o in unione ad altre utilità, contro un determinato corrispettivo, pur se le stesse non siano protette da brevetto.

Vi sono, poi, delle importanti decisioni in tema di contratto autonomo di garanzia.

Ad avviso di **Sez. 3, n. 30509/2019, Vincenti, Rv. 655839-01**, che, sul punto, ha seguito Sez. U, n. 03947/2010, Carbone V., Rv. 611834-01, il contratto autonomo di garanzia (cd. *Garantievertrag*), espressione dell'autonomia negoziale *ex* art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

Sempre in tema di contratto autonomo di garanzia **Sez. 3, n. 30509/2019, Vincenti, Rv. 655839-02**, ha affermato che l'abusività della richiesta di garanzia, ai fini dell'accoglimento della *exceptio doli*, deve risultare *prima facie* o, comunque, da una prova cd. liquida, cioè di pronta soluzione che il garante è tenuto a fornire, mentre non possono essere addotte a suo fondamento circostanze fattuali idonee a costituire oggetto di eccezione di merito opponibile dal debitore garantito al

creditore beneficiario della garanzia, in ragione dell'inopponibilità, da parte del garante, di eccezioni di merito proprie del rapporto principale.

2. Conclusione del contratto, presunzione di conoscenza, proposta e accettazione.

Secondo **Sez. 6-1, n. 28803/2019, Dolmetta, Rv. 656091-01**, è nulla, per indeterminatezza dell'oggetto, la procura con la quale una banca conferisce ad una società il potere di gestione anche stragiudiziale dei propri crediti, definiti semplicemente come "crediti anomali", poiché tale espressione non consente di individuare i rapporti oggetto dell'impegno negoziale, senza che possa utilmente richiamarsi la definizione di "crediti anomali" formulata dalla Banca d'Italia nelle proprie circolari, atteso che si tratta di disposizioni rivolte unicamente agli istituti di credito, quale espressione del suo potere di vigilanza, senza alcun riflesso sul piano negoziale.

Sez. 2, n. 12899/2019, Vincenti, Rv. 653902-01, ha confermato l'orientamento di Sez. 2, n. 03609/1987, Pafundi, Rv. 452553-01, per il quale, in materia di conclusione di contratti tra persone lontane, la modifica, da parte dell'accettante, del termine per l'esecuzione indicato nella proposta - implicando la realizzazione di un assetto di interessi sostanzialmente diverso da quello indicato dal proponente, specie in caso di attribuzione, anche implicita, di essenzialità al nuovo termine - si configura, ai sensi dell'art. 1326, comma 5, c.c., come nuova proposta, con conseguente necessità di accettazione dell'originario proponente. In applicazione di tale principio, la S.C., regolando la competenza in una controversia avente ad oggetto la risoluzione di un contratto di fornitura, ha escluso la competenza del giudice del luogo in cui la parte proponente aveva ricevuto la conferma d'ordine nella quale l'accettante aveva modificato i tempi di consegna della merce indicati nella proposta.

Per **Sez. 3, n. 29485/2019, Olivieri, Rv. 655829-01**, in tema di contratti agrari, non è dato riconoscere alcun effetto traslativo ad una prelazione effettuata *ex art. 8* della l. n. 590 del 1965 dall'affittuario di una porzione del fondo agrario in relazione alla comunicazione di una "*denuntiatio*-proposta" (ed al connesso preliminare) avente ad oggetto, invece, l'offerta di vendita dell'intero fondo (senza distinzione della porzione condotta in affitto) con indicazione di un unico prezzo globale, atteso che l'omessa specificazione del prezzo dei singoli lotti impedisce al prelazionario di esercitare il proprio diritto, potendo al più riconoscersi alla dichiarazione resa da quest'ultimo la funzione di mera "contro-proposta".

3. Integrazione del contratto e responsabilità precontrattuale.

Sez. 3, n. 18748/2019, Cricenti, Rv. 654454-01, ha chiarito che, ai fini dell'accertamento della responsabilità precontrattuale, il giudice di merito, dopo aver individuato il comportamento della parte che si assume contrario ai doveri di correttezza, deve altresì considerare l'idoneità della condotta ad ingenerare nella controparte l'idea di una rottura ingiustificata delle trattative e in questa valutazione non può prescindere dal comportamento tenuto dal soggetto adempiente. Tale disposizione non opera solo in relazione ai creditori del *de cuius*, ma anche con riguardo a quelli dell'erede, poiché, in assenza di una normativa che stabilisca diversamente, la qualità di erede non può essere riconosciuta nei rapporti con taluni soggetti e negata in quelli con altri.

Sez. 2, n. 14083/2019, Fortunato, Rv. 654181-01, ha sottolineato che il principio posto dall'art. 1339 c.c. è invocabile solo nell'ipotesi in cui si prospetti la sostituzione di clausole contrattuali difformi rispetto a norme imperative di legge e non, invece, ove si invochi l'integrazione di lacune della manifestazione della volontà negoziale, al fine, peraltro, di ottenere effetti che possono dipendere solo dalle pattuizioni delle parti. In quest'ottica, la S.C. ha confermato la sentenza gravata che, per l'ipotesi di revoca anticipata del mandato al difensore, a fronte di una lacuna nel regolamento negoziale, aveva disposto la liquidazione del compenso sulla base dei parametri previsti dal d.m. n. 585 del 1994, prescindendo dai criteri fissati dalla convenzione.

Sez. 3, n. 32478/2019, Sestini, Rv. 655981-01, ha affermato che, in materia di responsabilità da fideiussione, gli obblighi di buona fede e correttezza contrattuale - da intendersi in senso oggettivo - impongono alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fideiussore, con la conseguenza che la loro violazione non consente l'esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito. In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva escluso la violazione delle clausole di correttezza e buona fede sul mero assunto che la scelta dell'appaltante garantito di pagare all'appaltatore il saldo finale, nonostante la presenza di vizi ed a fronte dell'impegno all'eliminazione degli stessi, non fosse censurabile sotto il profilo della colpa - non essendo l'inadempimento ancora divenuto definitivo -, laddove avrebbe dovuto invece considerare - sul piano oggettivo - l'idoneità della condotta a salvaguardare l'interesse del garante ovvero ad aggravarne la posizione.

4. Condizioni generali e clausole vessatorie.

Con riferimento a profili attinenti all'individuazione del giudice competente a definire le controversie, **Sez. 6-2, n. 16439/2019, Fortunato, Rv. 654609-01**, ha

chiarito che è efficace una clausola di elezione convenzionale del foro esclusivo pattuita attraverso il richiamo esplicito alla disciplina fissata in un distinto documento unilateralmente predisposto, ove il rinvio sia effettuato dalle parti contraenti sulla premessa della piena conoscenza di tale documento e la clausola sia specificamente sottoscritta dall'altro contraente, che abbia dichiarato di averne preso visione e di approvarne il contenuto, attribuendosi, in tal modo, alle previsioni di quella disciplina il valore di clausole concordate.

5. Oggetto.

Con riguardo al contratto di prestazione d'opera professionale, **Sez. 2, n. 24086/2019, Oricchio, Rv. 655362-01**, ha confermato, nella sostanza, l'orientamento di Sez. 2, n. 08941/1994, Santilli, Rv. 488320-01, per la quale il detto contratto, ove abbia ad oggetto la progettazione di un edificio in tutto o in parte non conforme alla vigente disciplina edilizia, non è di per sé nullo per contrasto con le norme imperative e con l'ordine pubblico, e neanche per impossibilità dell'oggetto, essendo la prestazione cui è contrattualmente vincolato il progettista eseguibile anche dal punto di vista giuridico.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 03835/2019, Tedesco, Rv. 652362-01**, che ribadisce il precedente di Sez. 2, n. 05272/1983, Costanza, Rv. 430163-01, qualora il terzo - al quale sia stato demandato dalle parti il relativo compito - non addivenga alla determinazione della prestazione dedotta in contratto, né ad essa provvedano le parti direttamente, e una di esse adisca il giudice chiedendo la condanna della controparte all'adempimento della prestazione, la relativa controversia - che ha per oggetto il predetto adempimento e il necessario presupposto della determinazione della prestazione da eseguire - può essere risolta direttamente, anche per il principio generale dell'economia processuale, dal giudice, con una decisione il cui risultato ha la funzione di integrare, quanto alla determinazione e secondo la *ratio* dell'art. 1349 c.c., il contratto nel suo manchevole elemento. La S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso di potere individuare giudizialmente, al posto del terzo, la superficie da distaccare in base agli accordi di divisione, nell'assunto che non fosse manifestamente iniqua la compiuta valutazione tecnica di non determinazione dell'oggetto del contratto.

6. Forma.

Con riguardo ai requisiti formali del contratto, **Sez. L, n. 27391/2019, Ponterio, Rv. 655522-01**, ha precisato che, ove per il contratto sia prevista la forma scritta *ad probationem*, la successiva modifica di singole clausole non deve necessariamente essere pattuita per iscritto, ma può risultare anche da un

comportamento tacito concludente, risolvendosi la ricostruzione della modifica di clausole contrattuali per *facta concludentia* in una *quaestio facti*, per sua natura riservata al giudice del merito ed esposta a censura di legittimità veicolabile unicamente entro i limiti dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

Sez. 2, n. 21650/2019, Giusti, Rv. 655209-02, ha confermato l'indirizzo seguito da Sez. 3, n. 05270/1982, Maiella, Rv. 423080-01, per il quale la successiva stipulazione, in forma di atto pubblico, di un contratto di vendita definitivamente concluso dalle parti mediante scrittura privata, non vale a trasformare quest'ultimo in una promessa bilaterale di futuro contratto, giacché la successiva redazione dell'atto pubblico assolve una funzione meramente riproduttiva degli estremi del negozio, al fine di poter adempiere al sistema di pubblicità previsto dalla legge.

In tema di contratti di investimento, **Sez. 1, n. 16106/2019, Falabella, Rv. 654626-01**, ha affermato che la pattuizione relativa alle modalità con cui devono essere impartiti i singoli ordini costituisce elemento essenziale del contratto-quadro e soggiace all'obbligo della forma scritta, a norma degli artt. 23, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998 e 30, comma 2, lett. c), del regolamento CONSOB n. 11522 del 1998, sicché essa può essere revocata o modificata solo attraverso un nuovo accordo da adottarsi nella medesima forma.

Quanto alla forma contrattuale in materia condominiale, secondo **Sez. 2, n. 10845/2019, Oricchio, Rv. 653409-01**, ove il regolamento di condominio contempli, in caso di trasferimento della proprietà da parte dei condòmini, il ricorso a forme convenzionali *ex* art. 1352 c.c., anche di particolare rigore, finalizzate a rendere note ed accettate determinate condizioni (quali la cessione di quote, il subentro di altro proprietario e la conoscenza ed accettazione del regolamento medesimo), non è possibile il ricorso a forme equivalenti di comunicazione. Il principio è stato affermato in relazione ad una fattispecie in cui veniva in rilievo il trasferimento della titolarità di quote di godimento di una multiproprietà.

Con riferimento ai trasferimenti immobiliari, **Sez. 2, n. 10846/2019, Fortunato, Rv. 653567-01**, ha fatto proprio l'orientamento di Sez. 2, n. 05158/2012, Bertuzzi, Rv. 621759-01, per il quale ad integrare l'atto scritto, richiesto *ad substantiam*, non è sufficiente un qualsiasi documento, ma occorre che questo contenga la manifestazione di volontà di concludere il contratto e sia posto in essere dalle parti al fine specifico di esprimere tale volontà. Ne consegue che non vale ad integrare la necessaria forma scritta una dichiarazione di quietanza, la quale dà la prova dell'avvenuto pagamento, ma non pone in essere il contratto, presupponendone, invece, l'esistenza.

Sez. 1, n. 04852/2019, Caiazzo, Rv. 652728-01, aderendo al precedente di Sez. 1, n. 19090/2007, Rordorf, Rv. 599027-01, ha ribadito che, in tema di assunzione dell'obbligazione da parte del delegato al pagamento, ai sensi dell'art. 1268 c.c. non

sono richiesti speciali requisiti di forma, potendosene ammettere l'integrazione anche in virtù di accordi conclusi per *facta concludentia* e in via progressiva, se alla dichiarazione del delegante o del delegato o del delegatario si aggiunge quella delle altre parti in un momento successivo. E così la S.C. ha escluso che ricorresse l'ipotesi di delegazione cumulativa nel rapporto trilatero tra debitore e pretesi delegante e delegatario, mancando la prova del consenso tra le varie parti del negozio.

Ad avviso di **Sez. 3, n. 04539/2019, Sestini, Rv. 652488-01**, le parti che abbiano convenuto l'adozione della forma scritta per un determinato atto, nella loro autonomia negoziale possono successivamente rinunciarvi, anche tacitamente, mediante comportamenti incompatibili con il suo mantenimento, costituendo la valutazione in ordine alla sussistenza o meno di una rinuncia tacita un apprezzamento di fatto incensurabile in sede di legittimità, qualora sia sorretto da una motivazione immune da vizi logici, coerente e congruente. In applicazione del predetto principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito per la quale, pur a fronte di una clausola di rinnovo espresso di un contratto di affitto di azienda, la prosecuzione di fatto del contratto alle medesime condizioni palesava "per fatti concludenti" la volontà delle parti di rinunciare alla forma scritta per il rinnovo e di proseguire il rapporto alle medesime condizioni.

Per **Sez. 1, n. 01452/2019, Iofrida, Rv. 652804-01**, che si pone nel solco tracciato da Sez. 2, n. 26174/2009, Piccialli, Rv. 610976-01, per i contratti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, la prova della loro esistenza e dei diritti che ne formano l'oggetto richiede necessariamente la produzione in giudizio della relativa scrittura, che non può essere sostituita da altri mezzi probatori e neanche dal comportamento processuale delle parti che abbiano concordemente ammesso l'esistenza del diritto costituito con l'atto non esibito. In applicazione del predetto principio, la S.C. ha cassato con rinvio la pronuncia di merito che, in un contratto di intermediazione finanziaria, aveva determinato la controprestazione dovuta dal cliente all'investitore in base ad una clausola, sottoscritta dall'investitore medesimo, che rimandava ad un "prospetto allegato riportante l'ammontare delle commissioni", prospetto mai prodotto, ma la cui esistenza era incontestata tra le parti.

Sez. 2, n. 32108/2019, Carbone E., Rv. 656210-01, ha rilevato che il *pactum fiduciae* esige la forma scritta *ad substantiam*, qualora comporti il trasferimento, sia pure indiretto, di un bene immobile, sicché deve essere stipulato per iscritto anche il patto fiduciario comportante il trasferimento indiretto di un immobile attraverso l'intestazione della quota di partecipazione alla società proprietaria del bene.

Secondo **Sez. 1, n. 01454/2019, Valitutti, Rv. 652620-01**, sebbene il recesso sia atto irrevocabile dal momento in cui il destinatario ne abbia avuto notizia ai sensi dell'art. 1334 c.c., ciò non esclude che le parti, nel rispetto dell'autonomia

contrattuale, possano fare venire meno gli effetti della fattispecie estintiva, ponendo in essere una concorde manifestazione di volontà che, nel caso di contratto in forma scritta *ad substantiam*, deve risultare da atto scritto.

7. Preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

In tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto traslativo, **Sez. 2, n. 22343/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 655218-01**, ha precisato che, ove l'efficacia del contratto preliminare sia stata sottoposta a condizione sospensiva (ovvero a termine), il giudice, adito ai sensi dell'art. 2932 c.c., non può - diversamente dal caso in cui manchi il consenso al trasferimento di un bene, in presenza di un contratto pienamente efficace nel momento in cui la vicenda viene portata innanzi al giudice - disporre, mediante sentenza avente natura costitutiva, il trasferimento del diritto sul bene promesso, non potendo l'aspettativa della parte nel diritto anelato essere mutata prima del tempo, così frustrando la volontà negoziale, a meno che l'avvenimento dedotto in condizione, insussistente al momento della proposizione della domanda, risulti essersi verificato al momento della decisione.

Con riferimento sempre all'esecuzione in forma specifica del preliminare *ex art.* 2932 c.c., **Sez. 2, n. 20439/2019, Varrone, Rv. 654890-01**, ha affermato, in continuità con Sez. 2, n. 12923/2012, Proto, Rv. 623429-01, che per questa, ove venga in questione la vendita di un bene immobile rientrante nella comunione legale dei coniugi, non è necessaria la sottoscrizione di entrambi i promittenti venditori, ma è sufficiente il consenso del coniuge non stipulante, traducendosi la mancanza di detto consenso in un vizio di annullabilità da fare valere, ai sensi dell'art. 184 c.c., nel rispetto del principio generale della buona fede e dell'affidamento, entro il termine di un anno, decorrente dalla conoscenza dell'atto o dalla trascrizione.

Secondo **Sez. 6-2, n. 05125/2019, Cosentino, Rv. 652796-01**, che riprende l'orientamento di Sez. 2, n. 06162/2006, Migliucci, Rv. 587053-01, la promessa di vendita di un bene oggetto di comunione (considerato dalle parti come un *unicum* inscindibile) ha, come suo contenuto, un'obbligazione indivisibile, così che l'adempimento e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre *ex art.* 2932 c.c. devono essere richiesti nei confronti di tutti i promittenti venditori, configurandosi, nella specie, un'ipotesi di litisconsorzio necessario, attesa l'impossibilità che gli effetti del contratto non concluso si producano nei riguardi di alcuni soltanto dei soggetti del preliminare.

Con riguardo al rapporto con la garanzia fideiussoria di cui all'art. 3 d.lgs. n. 122 del 2005, **Sez. 3, n. 21792/2019, Graziosi, Rv. 654932-01**, ha chiarito che la sua escussione presuppone che il contratto preliminare di compravendita sia ancora

efficace tra le parti nel momento in cui si è verificata la situazione di crisi del promittente venditore. Applicando tale principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva accolto la richiesta avanzata dal promissario acquirente nei confronti del garante, sebbene il contratto preliminare fosse stato risolto prima della presentazione della domanda del costruttore di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Sez. 2, n. 21650/2019, Giusti, Rv. 655209-01, ha precisato che il contratto preliminare e quello definitivo di compravendita si differenziano per il diverso contenuto della volontà dei contraenti, che è diretta, nel primo caso, a impegnare le parti a prestare, in un momento successivo, il loro consenso al trasferimento della proprietà e, nel secondo, ad attuare il trasferimento stesso, contestualmente o a decorrere da un momento successivo alla conclusione del contratto, senza necessità di ulteriori manifestazioni di volontà. La qualificazione del contratto come preliminare o definitivo costituisce un accertamento di fatto, incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata e non inficiata da vizi logici o giuridici.

In particolare, per **Sez. 2, n. 31188/2019, Giannaccari, Rv. 656194-01**, in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve, innanzitutto, verificare se quest'ultimo costituisca già esso stesso un contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti *ex* artt. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori, ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.

In tema di nomina del terzo da parte del promissario acquirente di un contratto preliminare di compravendita, secondo **Sez. 2, n. 13686/2019, Dongiacomo, Rv. 654048-01**, la comunicazione all'altro contraente della dichiarazione di nomina può essere fatta anche dal terzo nominato e, in ogni caso, può essere contenuta nell'atto di citazione che il terzo stesso abbia notificato all'altro contraente per l'esecuzione del contratto (o, comunque, essere desunta dalla medesima citazione). Nello stesso modo, l'accettazione del terzo nominato può rinvenirsi in qualsiasi atto che ne manifesti chiaramente la volontà e, quindi, anche in quello introduttivo del giudizio promosso dal terzo nei confronti dell'altro contraente per ottenere l'esecuzione del contratto a norma dell'art. 2932 c.c. Nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la S.C. ha ritenuto che il giudice di appello non si fosse attenuto ai principi di diritto in precedenza esposti, non avendo considerato, al fine di riconoscere all'attore la legittimazione ad agire in giudizio *ex* art. 2932 c.c., che, alla luce dei fatti accertati, la scelta dell'attore, dichiarata dallo stipulante, era rinvenibile nell'atto di citazione, che ad essa faceva riferimento, notificato ai promittenti venditori - e,

quindi, per tale via, ritualmente comunicata ai promittenti venditori nel termine stabilito dal preliminare - e che lo stesso atto di citazione, in quanto notificato ai promittenti venditori direttamente dal terzo nominato, valeva come accettazione, altrettanto tempestiva, da parte di quest'ultimo della nomina ricevuta.

Sez. 6-2, n. 33301/2019, Tedesco, Rv. 656263-01, ha confermato, nel solco di Sez. 2, n. 01233/2012, Mazzacane, Rv. 621119-01, che l'azione diretta all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di stipulare una vendita, stante la natura personale, deve essere sperimentata soltanto nei confronti di chi ha assunto l'obbligazione; unico soggetto legittimato ad agire per l'esecuzione in forma specifica è il promissario compratore, sicché il coniuge in regime di comunione legale che non abbia partecipato al contratto preliminare di acquisto del bene non è legittimato ad agire o a contraddire nel successivo giudizio avente ad oggetto detto contratto.

8. Condizione.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 23417/2019, Gorjan, Rv. 655252-02**, in materia di elementi accidentali del contratto, l'onere di provare l'avveramento della condizione grava su colui che afferma il suo verificarsi, anche nell'ipotesi della *fiction* di cui all'art. 1359 c.c., ove essa si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario al suo verificarsi.

Sez. 2, n. 21506/2019, Scalisi, Rv. 655231-01, ha precisato che il contratto di scrittura dell'artista lirico, quale negozio atipico che possiede gli elementi propri della parasubordinazione, è disciplinato da quanto previsto dalle parti, dagli usi vigenti e, per quanto compatibile, dalla normativa in tema di contratto d'opera; esso risulta, perciò, integrato dalla clausola cd. di "protesta" - la quale, consentendo al committente di liberarsi dalla scrittura teatrale, ove giudichi l'artista non idoneo a svolgere il ruolo per il quale fu ingaggiato, è costruita come una circostanza ed integra, pertanto, gli estremi della condizione risolutiva, la cui attivazione presuppone, comunque, che la decisione sia subordinata ad una valutazione insoddisfacente della prestazione artistica - da considerarsi alla stregua di un uso diffuso, integrativo del contratto *ex* art. 1374 c.c., oltre che prevista dal contratto collettivo nazionale di categoria. Nella fattispecie concreta analizzata, la S.C. ha giudicato legittimo il recesso dell'ente lirico che, a seguito della valutazione di inadeguatezza dell'artista a ricoprire il ruolo assegnato, aveva attivato la clausola di protesta, pur non essendo la stessa espressamente inserita nel contratto.

In ambito processuale, per **Sez. 3, n. 01547/2019, Chiarini, Rv. 652472-01**, l'indagine del giudice del merito, diretta ad accertare se un contratto sia stato sottoposto a condizione sospensiva, non può essere sindacata in sede di legittimità, se condotta nel rispetto delle regole che disciplinano l'interpretazione dei contratti.

Per **Sez. 5, n. 30143/2019, D'Oriano, Rv. 655927-01**, la condizione è meramente potestativa quando consiste in un fatto volontario il cui compimento od omissione non dipende da seri o apprezzabili motivi, ma dal mero arbitrio della parte, svincolato da qualsiasi razionale valutazione di opportunità e convenienza, sì da manifestare l'assenza di una seria volontà della parte di ritenersi vincolata dal contratto, mentre si qualifica potestativa quando l'evento dedotto in condizione è collegato a valutazioni di interesse e di convenienza e si presenta come alternativa capace di soddisfare anche l'interesse proprio del contraente, soprattutto se la decisione è affidata al concorso di fattori estrinseci, idonei ad influire sulla determinazione della volontà, pur se la relativa valutazione è rimessa all'esclusivo apprezzamento dell'interessato. In applicazione di tale principio, la S.C. ha reputato potestativa la condizione sospensiva apposta ad un contratto di compravendita di un terreno, avente ad oggetto la conclusione di un contratto di locazione sui fabbricati da costruire, entro un certo termine, con un terzo conduttore non identificato.

Secondo **Sez. 2, n. 10844/2019, Casadonte, Rv. 653503-01**, in tema di contratti con una pubblica amministrazione in cui il pagamento del compenso per l'opera professionale pattuita sia subordinato all'ottenimento di un finanziamento dell'opera progettata da parte di un soggetto terzo, il creditore che lamenti il mancato avveramento di tale circostanza ha l'onere di provarne l'imputabilità, ai sensi dell'art. 1359 c.c., a titolo di dolo o colpa, al debitore, mentre quest'ultimo è tenuto a dimostrare di avere adempiuto ai doveri nascenti dall'art. 1358 c.c.

9. L'interpretazione e l'integrazione del contratto: i criteri ermeneutici e lo scopo concretamente perseguito dalle parti.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha continuato a dedicare particolare attenzione alla disciplina dell'ermeneutica contrattuale, ribadendo che il compito essenziale dell'interprete è quello di accertare il contenuto del contratto ricercando la comune intenzione delle parti, come previsto dalla prima regola legale interpretativa (art. 1362 c.c.)

In tal senso, si segnalano anzitutto alcune pronunzie che forniscono significative indicazioni metodologiche circa il necessario temperamento fra il criterio letterale ed i criteri logici, teleologici e sistematici, cui pure le regole ermeneutiche impongono di far riferimento.

Così **Sez. 2, n. 21576/2019, Scarpa, Rv. 654900-01**, precisa che la prescrizione all'interprete di indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti senza limitarsi al senso letterale delle parole, non svaluta l'elemento letterale del contratto; al contrario, essa intende affermare che, se la *littera contractus*, per le espressioni usate,

rivela con chiarezza ed univocità la volontà dei contraenti, non è ammissibile una diversa interpretazione.

In termini non dissimili, **Sez. 3, n. 20294/2019, Di Florio, Rv. 654926-01**, chiarisce che il carattere prioritario dell'elemento letterale va inteso nel senso della necessità di estendere l'indagine ai criteri logici, teleologici e sistematici, ove il testo dell'accordo sia chiaro, ma incoerente con indici esterni, rivelatori di una diversa volontà dei contraenti.

Viene così ribadita la necessità di vagliare la lettera della convenzione alla luce della “causa concreta” del contratto, già riconosciuta con la pronunzia **Sez. U, n. 04628/2015, D’Ascola, Rv. 634761-01**, che la definì come l’interesse concretamente perseguito dalle parti nel singolo caso, e la cui rilevanza anche nella fase di qualificazione ed interpretazione del contratto è stata successivamente ribadita, fra le altre, da **Sez. 3, n. 10612/2018, D’Arrigo, Rv. 648703-01**, secondo la quale anche in detta fase occorre aver riguardo agli interessi che il negozio è concretamente diretto a realizzare, sia pur ricostruendoli in base alla funzione tipica dell’operazione negoziale.

A tale impostazione si richiama esplicitamente **Sez. 3, n. 21840/2019, Scarano, Rv. 654873-01**, nell’affermare che il criterio prioritario alla luce del quale le clausole contrattuali vanno interpretate le une per le altre è lo scopo pratico che le parti hanno inteso realizzare con la stipulazione del contratto, se del caso come chiarito anche dal comportamento di queste successivo alla conclusione. E nel solco di tale impostazione, **Sez. 3, n. 04717/2019, Gianniti, Rv. 652828-01**, ha ritenuto- in tema di fidejussione- che l’inserimento di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni”, generalmente idonea a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, non assuma tale valenza significativa quando la concreta volontà delle parti ne evidenzi una discrasia, ad esempio perché emergano elementi indicativi di un chiaro riferimento al rapporto obbligatorio sottostante ed alla necessità di indicare, per la richiesta di pagamento, l’inadempienza riscontrata.

Il tema della sindacabilità della scelta dei criteri da parte del giudice è ancora affrontata, con specifico riferimento al giudizio di cassazione, da **Sez. 3, n. 13603/2019, Olivieri, Rv. 653922-01**, secondo cui, ove intenda contestare l’adozione del criterio letterale in luogo di altri criteri funzionali e sistematici, la parte ha l’onere di indicare, a pena di inammissibilità del gravame, l’elemento semantico di tale contratto che, essendo oggettivamente incerto nel suo significato, rende non sufficiente, per la ricerca della volontà comune delle parti, l’utilizzo del criterio adottato.

9.1. La buona fede come criterio di integrazione del contratto ed elemento di valutazione della condotta delle parti.

Numerose decisioni hanno riaffermato la centralità della regola della buona fede nell'esecuzione della prestazione, nelle varie manifestazioni che essa può assumere nell'ambito di tutte le vicende del rapporto contrattuale.

Da un lato, è stato ribadito che da tale principio discende in capo ai contraenti un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 della Costituzione, che, operando come un criterio di reciprocità, impone a ciascuno di essi il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali, nei termini affermati, per tutte, da Sez. U, n. 28056/2008, Morcavallo, Rv. 605685-01; in tal senso, si è precisato che in determinate situazioni, come già in precedenza affermato (per tutte, Sez. 3, n. 08619/2006, Di Nanni, Rv. 588576-01), la buona fede costituisce un fattore di integrazione del contenuto contrattuale, giungendo a determinare le rispettive obbligazioni.

Dando continuità a tali principi, **Sez. 2, n. 28275/2019, Criscuolo, Rv. 655688-01**, ha evidenziato che, in caso di offerta non formale di una prestazione che abbia ad oggetto la consegna di cose specifiche, il rifiuto del creditore è legittimo solo se, all'esito di una valutazione comparativa della condotta delle parti, risulti che esso sia improntato alla verifica del rispetto del principio della buona fede; in tal senso, pertanto, non è sufficiente limitarsi a riscontrare che non vi è identità fra i beni offerti dal debitore e quelli dovuti per contratto.

Ancora, **Sez. 1, n. 12863/2019, Dolmetta, Rv. 654163-01**, in fattispecie di vendita anticipata di cosa data in pegno *ex* art. 2795 c.c., ha affermato la responsabilità del creditore garantito che, a fronte di un rischio obiettivo di deterioramento del bene, non si attivi per procedere all'eventuale liquidazione del medesimo (ovvero non dia tempestivo e motivato riscontro alle sollecitazioni di liquidazione provenienti dal datore); ciò in quanto la funzione del negozio è la conservazione del valore economico del bene in garanzia, e tanto sottende, per sua natura, la cooperazione tra datore del bene e creditore garantito.

Sez. 3, n. 32478/2019, Sestini, Rv. 655981-01, riconduce al dovere di buona fede contrattuale l'obbligo della parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fidejussore, facendone derivare- in caso di violazione- l'inibizione di ogni pretesa nei suoi confronti; muovendo da tale impostazione, nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto che la scelta, da parte del committente garantito, di pagare all'appaltatore il saldo finale, nonostante la presenza di vizi ed a fronte dell'impegno all'eliminazione degli stessi, pur se non censurabile sotto il profilo della colpa (non essendo l'inadempimento ancora divenuto definitivo) valesse, tuttavia,

ad aggravare la posizione del garante, così da non consentire l'esercizio di pretese pecuniarie nei confronti di quest'ultimo.

10. L'inadempimento del contratto, i rimedi caducatori e la clausola penale.

Al tema dei rimedi caducatori è dedicata una significativa produzione giurisprudenziale. La Suprema Corte, in particolare, ha preso in esame le problematiche connesse alla valutazione giudiziale di gravità dell'inadempimento- in specie a fronte di rispettive contestazioni circa l'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto- ed agli effetti della risoluzione, in relazione al tipo di rapporto negoziale ed alla possibile sussistenza, in seno al regolamento contrattuale, di una clausola penale. Numerose pronunzie attengono, poi, ai rapporti fra i diversi rimedi, in particolare a quello fra risoluzione e recesso, che presenta a tutt'oggi alcuni nodi irrisolti.

10.1. Il rimedio risolutorio e la gravità dell'inadempimento.

In ordine alla necessità di procedere alla valutazione della gravità dell'inadempimento, **Sez. 3, n. 26334/2019, Scoditti, Rv. 655383-01**, ne affronta i risvolti per l'ipotesi di domanda di adempimento contrattuale con contrapposta domanda di risoluzione del contratto per inadempimento; in tal caso, ha ritenuto la Corte, il giudice è comunque tenuto a valutare l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c., da ritenersi compresa nella domanda di risoluzione, in quanto, nei contratti a prestazioni corrispettive, la valutazione di detta eccezione opera su un piano differente dal criterio dell'importanza dell'inadempimento rilevante *ex art.* 1455 c.c. ai fini della risoluzione del contratto, involgendo una valutazione comparatistica tra i due inadempimenti.

Circa il positivo accertamento dell'inadempimento rilevante, **Sez. 2, n. 08924/2019, Tedesco, Rv. 653302-01**, ha precisato che il presupposto della colpa dell'inadempiente deve presumersi sino a prova contraria, superabile solo da risultanze positivamente apprezzabili, dedotte e provate dal debitore, le quali dimostrino che, nonostante l'uso della normale diligenza, non sia stato in grado di eseguire tempestivamente le prestazioni dovute per cause a lui non imputabili.

Sez. 2, n. 17148/2019, Falaschi, Rv. 654554-01, affronta il tema della gravità dell'inadempimento nei contratti collegati, affermando che in tal caso la valutazione non va condotta con riguardo alla singola prestazione inadempita, atomisticamente considerata, ma nel contesto della complessiva operazione economica.

10.2. Gli effetti della risoluzione e l'operatività del meccanismo della clausola penale nel danno conseguente all'inadempimento.

Sugli effetti della risoluzione, si segnalano due pronunzie che concernono altrettante eccezioni alla regola della retroattività stabilita dall'art. 1458, comma 1, c.c.

Secondo **Sez. 3, n. 08760/2019, Rossetti, Rv. 653271-01**, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica l'eccezione di inadempimento, anche se sollevata in buona fede, non ha effetti liberatori, ma solo sospensivi; pertanto, quando ad essa faccia seguito una pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento della parte contro cui fu sollevata l'*exceptio inadimpleti contractus*, gli effetti risarcitori, liberatori e restitutori della risoluzione restano disciplinati dalle previsioni dell'art. 1458 c.c., e la parte a favore della quale è stata pronunziata la risoluzione è comunque tenuta ad eseguire la controprestazione per il periodo di efficacia del contratto.

Per la stessa tipologia di contratti, **Sez. 2, n. 26862/2019, Fortunato, Rv. 655660-01**, precisa che, se l'effetto della risoluzione per inadempimento non si estende alle prestazioni già eseguite, in ogni caso la disposizione di cui all'art. 1458, comma 2, c.p.c., è invocabile solo se dette prestazioni abbiano pienamente soddisfatto le ragioni del creditore e risultino conformi al contratto; ne è così esitata la cassazione della sentenza d'appello che aveva respinto la domanda di risoluzione di un contratto di appalto di servizi, ritenendola preclusa per effetto dalla relativa esecuzione integrale, senza considerare la pendenza di contenziosi e di molteplici contestazioni circa l'esatto adempimento del contratto medesimo.

Diverse decisioni riguardano, poi, il tema della clausola penale, e della sua rilevanza nella liquidazione del danno conseguente all'inadempimento.

Innanzitutto, con riferimento alla possibilità che la penale sia stabilita dalle parti come rimedio forfetario per il danno da inadempimento ovvero da ritardo nell'adempimento, **Sez. 2, n. 22050/2019, Gorjan, Rv. 655213-01**, ribadisce che si tratta di rimedi ontologicamente distinti, potendo la seconda, per espressa previsione di legge, concorrere con l'adempimento dell'obbligazione cui è collegata; la sentenza afferma perciò la necessità di un'apposita pattuizione per ciascuno dei due tipi di penale, non ritenendo consentito che una clausola espressamente correlata all'inadempimento sia implicitamente riferibile anche al ritardo.

Su un medesimo piano argomentativo si pone anche **Sez. 3, n. 13956/2019, Iannello, Rv. 653925-01**, che- nel ribadire l'essenziale connotazione della clausola penale come rimedio all'inadempimento colpevole di una delle parti- ne esclude la configurabilità, quando la relativa pattuizione sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile all'obbligato; in tal caso, osserva la Corte,

sussiste piuttosto una condizione o clausola atipica, che può essere introdotta dall'autonomia contrattuale delle parti, ma resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la penale.

Sui possibili effetti della clausola penale con riferimento ad alcune singole fattispecie negoziali, meritano un richiamo **Sez. 2, n. 09152/2019, Bellini, Rv. 653307-01**, e **Sez. 2, n. 08405/2019, Fortunato, Rv. 653297-01**, entrambe relative ad un rapporto di appalto.

Secondo tali decisioni, dal medesimo contenuto, ove in corso di esecuzione dei lavori il committente richieda notevoli ed importanti variazioni delle opere, si ritiene con ciò sostituito l'originario regolamento contrattuale in essere, con il conseguente venir meno del termine di consegna e della penale prevista per il ritardo; ma la fissazione di un nuovo termine da parte dei contraenti conserva l'efficacia della penale originaria. In mancanza, spetta al committente che si assume danneggiato dal ritardo nella consegna dell'opera la dimostrazione delle concrete ricadute pregiudizievoli subite.

È, invece, riferita ai rapporti bancari **Sez. 3, n. 26286/2019, D'Arrigo, Rv. 655639-01**. La sentenza muove dal presupposto che in tale ambito negoziale gli interessi moratori hanno natura di clausola penale, costituendo una determinazione convenzionale preventiva del danno da inadempimento; di qui il divieto di cumulo con gli interessi corrispettivi. Ciò posto, nella decisione la Corte osserva che i contratti medesimi possono prevedere che il tasso degli interessi moratori sia determinato sommando al saggio degli interessi corrispettivi previsti dal rapporto un certo numero di punti percentuali; in tal caso, al fine di individuare il tasso degli interessi moratori effettivamente applicati- e perciò ottenere il valore pecuniario della penale-, occorre aver riguardo al valore complessivo risultante da tale somma.

Concludono il novero delle pronunzie rilevanti in tema di clausola penale tre decisioni inerenti al potere di *reductio ad aequitatem* spettante al giudice.

Con la prima- **Sez. 3, n. 23336/2019, Fiecconi, Rv. 655098-01**, relativa a fattispecie di locazione finanziaria - la Suprema Corte ha stabilito che ove una clausola preveda, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, il diritto del concedente di ottenere, oltre alla proprietà e al possesso del bene, anche un'indennità pari all'intero ammontare del finanziamento, il giudice possa ridurre tale importo, operando una valutazione comparativa tra il vantaggio che tale clausola assicura al contraente adempiente ed il margine di guadagno che il medesimo avrebbe conseguito attraverso la regolare esecuzione del contratto.

In termini non dissimili, e sempre in ambito di locazione finanziaria con finalità traslativa, **Sez. 3, n. 25031/2019, Scarano, Rv. 655568-01**, afferma che il giudice può valutare, ai fini di un'equa riduzione, la clausola penale pattizia che escluda, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, l'applicabilità dell'art. 1526

c.c., ove il risultato determini conseguenze manifestamente inique a carico della parte inadempiente, ovvero tenuto conto dell'entità dell'adempimento dell'obbligazione principale.

Da ultimo, in tema di vendita, **Sez. 2, n. 34021/2019, Giuseppe Grasso, Rv. 656324 - 01**, circoscrive l'esercizio officioso del potere di riduzione ad equità da parte del giudice alle ipotesi nelle quali la parte abbia assolto agli oneri di allegazione e prova circa le circostanze rilevanti per la valutazione di eccessività della penale, che deve risultare *ex actis*, ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, senza che il giudice possa ricercarlo di propria iniziativa.

10.3. Rapporti fra risoluzione e recesso.

La scelta, per la parte non inadempiente, fra il rimedio della risoluzione del contratto secondo le vie ordinarie e quello del recesso- ove consentito dalla legge o dalla disciplina negoziale- è oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza di legittimità fin dalla nota Sez. U, n. 00553/2009, Travaglino, Rv. 606608-01, che ha sancito l'incompatibilità strutturale e funzionale dei due rimedi, ed alla quale, tuttavia, non ha fatto seguito un atteggiamento univoco da parte della stessa Corte. Diverse pronunzie successive, anche in tempi più recenti, hanno infatti ritenuto che la risoluzione del contratto per una delle cause previste dagli artt. 1454, 1455 e 1457 c.c. non precluda alla parte adempiente di esercitare, ove previsto in contratto, la facoltà di recesso, con la conseguente ritenzione della caparra confirmatoria (o la richiesta di restituzione in duplo) in luogo del risarcimento del danno, poiché la domanda di recesso ha semplicemente una "minore ampiezza" rispetto a quella risolutoria (così, fra le altre, Sez. 2, n. 14014/2017, Scarpa, Rv. 644477-01).

Nel solco di tale impostazione, e perciò nel senso di una sostanziale fungibilità fra il rimedio ordinario e quello del recesso, si colloca **Sez. 2, n. 08571/2019, Oliva, Rv. 653635-02**, secondo cui la parte legittimata a recedere dal contratto che, tuttavia, si avvalga dei rimedi ordinari- tra i quali quello risolutorio- può domandare la restituzione della caparra confirmatoria, che in questo caso va ricollegata agli effetti restitutori propri della risoluzione negoziale, come conseguenza del venire meno della causa della corresponsione, perdendo la propria funzione di limitazione forfettaria e preventiva del danno. La stessa decisione ha precisato che, nei medesimi casi, la parte non inadempiente ha comunque diritto anche al risarcimento dell'integrale danno subito, nei limiti in cui ne provi la sussistenza e l'ammontare.

Si connotano quindi nel senso di una sostanziale equiparazione fra il rimedio della risoluzione e quello del recesso- non solo *quoad effectum*, ma anche in relazione ai presupposti per l'operatività della fattispecie e, quindi, per l'accoglimento della

relativa domanda- altre pronunzie, che affrontano, in particolare, il profilo dei caratteri dell'inadempimento necessario a legittimare il recesso della controparte.

Sez. 1, n. 12549/2019, Pazzi, Rv. 653912-01, muovendo dal presupposto in base al quale la disciplina in tema di recesso *ex art.* 1385 c.c. non deroga alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento, consentendo il recesso di una parte solo quando l'inadempimento della controparte sia colpevole e di non scarsa importanza, afferma che nell'indagine sull'inadempienza contrattuale da compiersi al fine di stabilire se ed a chi spetti il diritto di recesso, vanno seguiti i medesimi criteri previsti per le controversie su reciproche istanze di risoluzione, occorrendo in ogni caso una valutazione comparativa del comportamento di entrambi i contraenti in relazione al contratto, onde stabilire quale di essi abbia fatto venir meno l'interesse dell'altro al mantenimento dell'affare.

Nello stesso senso si pone **Sez. 2, n. 21209/2019, Carrato, Rv. 655200-01**, specificando che il recesso in questione configura uno strumento speciale di risoluzione di diritto del contratto, collegato alla pattuizione di una caparra confirmatoria, poiché risulta collegato al fenomeno risolutivo sia nei presupposti-rappresentati dall'inadempimento colpevole e di non scarsa importanza dell'altro contraente- sia nelle conseguenze, ravvisabili nella caducazione *ex tunc* degli effetti del contratto.

Ed, infine, **Sez. 2, n. 13241/2019, Varrone, Rv. 653825-01**, osservando che la parte che esercita il diritto di recesso *ex art.* 1385 c.c. non dev'essere a sua volta inadempiente, rileva che l'indagine circa il suo inadempimento deve avvenire tenendo conto del valore della parte dell'obbligazione non adempiuta rispetto al tutto, sulla base di un criterio di proporzionalità, e verificando se, per effetto del suo inadempimento, si sia prodotta o meno in capo alla controparte una sensibile alterazione dell'equilibrio contrattuale.

Sull'operatività del meccanismo del recesso, in relazione al principio di autonomia delle parti, si segnala altresì **Sez. 1, n. 01454/2019, Valitutti, Rv. 652620-01**, donde trae affermazione la possibilità, per le parti, di un "recesso dal recesso", con conseguente caducazione degli effetti della fattispecie estintiva, a tutela della loro autonomia- e quantunque il recesso sia atto irrevocabile dal momento in cui il destinatario ne abbia avuto notizia ai sensi dell'art. 1334 c.c.-, purchè la relativa manifestazione di volontà sia concorde e, nel caso di contratto che preveda la forma scritta *ad substantiam*, risulti da atto scritto.

Da ultimo, e sempre con riferimento al ruolo dell'autonomia contrattuale nello scioglimento del rapporto, si segnalano due pronunzie in tema di mutuo dissenso.

Secondo **Sez. 3, n. 27999/2019, Olivieri, Rv. 655497-01**, detta manifestazione di volontà, realizzando una ritrattazione bilaterale del negozio, dà vita a un nuovo contratto, di natura solutoria e liberatoria, con contenuto eguale e contrario a quello

del contratto originario, con il che resta inibito alle parti di proporre, dopo lo scioglimento, domande ed eccezioni relative al contratto risolto.

Al medesimo riguardo, precisa, tuttavia, **Sez. 2, n. 04827/2019, Federico, Rv. 652756-01**, che il mutuo dissenso non opera comunque con efficacia *ex tunc* nei contratti conclusi con il professionista; in tal caso, infatti, in difetto di specifica pattuizione negoziale, deve ritenersi implicitamente escluso, per effetto della globale valutazione compiuta dalle parti all'atto della caducazione dell'accordo, che alla cessazione del rapporto consegua il ripristino dello *status quo ante*, con conseguente permanenza, rispetto all'attività già svolta ed al compenso del professionista interessato, della disciplina prevista dal contratto consensualmente risolto.

11. Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi.

Nutrita è la produzione giurisprudenziale che si riferisce al contratto a favore di terzi.

In tale ambito, meritano di essere segnalate le pronunzie che riconducono a questo schema alcune fattispecie negoziali di particolare ricorrenza nella pratica.

Tra queste, **Sez. 2, n. 26212/2019, Tedesco, Rv. 655470-01**, prende in esame la convenzione stipulata fra un'associazione sindacale di lavoratori ed un avvocato o procuratore, il quale si obbliga ad assumere la difesa giudiziale degli assistiti percependo il solo importo delle spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice in caso di vittoria, affermando che tale convenzione è idonea a vincolare il professionista nei confronti del singolo lavoratore sindacalizzato che con riferimento alla medesima gli conferisca l'incarico della difesa in giudizio, secondo la disciplina del contratto a favore di terzo, e, quindi, indipendentemente sia dall'accettazione della convenzione da parte del lavoratore stesso (rilevante al diverso fine di rendere irrevocabile il beneficio da parte dello stipulante), sia da un'ulteriore specifica manifestazione di volontà nei suoi confronti da parte del professionista.

Ancora, la disciplina del contratto a favore di terzo è evocata da **Sez. 2, n. 20657/2019, Oliva, Rv. 654989-01**, con riguardo al negozio con il quale il socio di una società di capitali assume, spontaneamente ed in proprio, determinate obbligazioni pecuniarie verso un soggetto che già presti la sua opera in favore della società, al dichiarato fine di ottenere una più completa ed efficace esplicazione di tale attività a vantaggio della società; secondo la Corte, in particolare, è qui ravvisabile un interesse economico del socio medesimo, tale da configurare un valido e lecito contratto a titolo oneroso a favore di terzo, e cioè della società, avente la stessa causa del contratto preesistente tra il prestatore d'opera e la società.

Infine, **Sez. 3, n. 21842/2019, Scarano, Rv. 655086-01**, richiama il disposto di cui all'art. 1411, comma 2, c.c. a proposito della transazione che intervenga sull'ammontare dell'intero danno risarcibile fra il terzo danneggiato e l'assicuratore del danneggiante, affermando che il condebitore rimasto estraneo all'accordo transattivo può dichiarare di volerne profittare esercitando il diritto potestativo attribuitogli dall'art. 1304, comma 1, c.c.; in tal caso, infatti, lo stipulante non può avvalersi della facoltà di revocare o modificare la stipulazione finché il condebitore non abbia reso tale dichiarazione, poiché quest'ultimo non è terzo rispetto al rapporto oggetto di transazione.

In relazione al contratto per persona da nominare, può farsi cenno alla già menzionata **Sez. 2, n. 13686/2019, Dongiacomo, Rv. 654048-01**, ove si afferma che nel preliminare per persona da nominare la comunicazione all'altro contraente della dichiarazione di nomina può essere fatta anche dal terzo nominato e, in ogni caso, può essere contenuta o, comunque, desunta dall'atto di citazione che il terzo stesso abbia notificato all'altro contraente per l'esecuzione del contratto.

11.1. Il cd. contratto preliminare “aperto”.

La fattispecie del cd. contratto preliminare “aperto”- caratterizzato dal fatto che uno dei promittenti riserva l'indicazione di eventuale altro soggetto all'atto della stipula del definitivo (e preso in considerazione, per la prima volta, da Sez. 3, n. 10403/2002, Sabatini, Rv. 555871-01)- ha condotto la Suprema Corte ad interrogarsi sulle distinzioni fra contratto a favore di terzo e contratto per persona da nominare, con particolare riferimento all'eventualità in cui l'indicazione del terzo non abbia regolarmente luogo.

Conformandosi al menzionato precedente, **Sez. 2, n. 23125/2019, Picaroni, Rv. 655245-01**, chiarisce al riguardo che il contratto per persona da nominare dà luogo ad una parziale indeterminatezza soggettiva, ovvero ad una fattispecie di contratto a soggetto alternativo, in ragione del fatto che la nomina del terzo è solo eventuale, mentre nel contratto a favore del terzo il beneficiario dev'essere sempre determinato o determinabile, perché il contratto produrrà effetti nei confronti di quest'ultimo (salvo che non intervengano la revoca della stipulazione o il rifiuto di profittarne); la fattispecie del cd. preliminare aperto è allora riconducibile al primo schema negoziale, poiché in caso di nomina mancata, invalida o intempestiva, il preliminare produce i suoi effetti fra i contraenti originari.

In merito alla stessa fattispecie, tuttavia, **Sez. 2, n. 21576/2019, Scarpa, Rv. 654900-02**, precisa che, ove il preliminare contenga una clausola con la quale lo stipulante si sia obbligato per sé o per persona da nominare, possano configurarsi (in ordine allo stesso preliminare, ma anche al successivo contratto definitivo) tanto

una cessione del contratto con il preventivo consenso della cessione a norma dell'art. 1407 c.c., quanto un contratto per persona da nominare *ex art.* 1401 c.c. La stessa decisione, infine, non esclude che una clausola siffatta possa ricondurre il preliminare anche al modello del contratto a favore di terzo, mediante la facoltà concessa in tal senso al promissario fino alla stipulazione del definitivo; ed evidenzia che questa astratta pluralità di configurazioni giuridiche in relazione al regolamento dell'intervento di terzi nel negozio va necessariamente correlata alla ricerca del contenuto effettivo della volontà delle parti.

12. La nullità del contratto.

Il tema della nullità è oggetto, anzitutto, di pronunzie che attengono a profili processuali, ed in specie al perimetro del rilievo officioso, da parte del giudice, della relativa questione.

Il principio già affermato da Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633504-01, secondo cui detto rilievo deve ritenersi consentito in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (annullamento, risoluzione, rescissione), è stato ulteriormente declinato da **Sez. 3, n. 01036/2019, Guizzi, Rv. 652655-02**, con la precisazione che la pronunzia deve conformarsi al perimetro della domanda proposta, potendosi così estendere all'intero rapporto contrattuale solo se la domanda lo investe interamente.

Il rilievo d'ufficio di una causa di nullità del contratto è doveroso anche in presenza di una domanda fondata su una causa diversa. Al riguardo, **Sez. 2, n. 26495/2019, Giannaccari, Rv. 655652-01**, afferma che tale dovere sussiste anche in grado di appello, poiché la causa di nullità è questione che attiene ai fatti costitutivi della pretesa azionata, integrando così un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio *ex art.* 345 c.p.c.; e, coerentemente con tale impostazione, **Sez. 3, n. 12259/2019, Iannello, Rv. 653780-01**, evidenzia che una tale omissione da parte del giudice d'appello è censurabile in cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

12.1. Oneri formali e nullità protettive.

Per quanto concerne, invece, i profili sostanziali della nullità, e principiando dalle cause di nullità del contratto per mancanza di uno dei requisiti, riveste ruolo centrale la questione del rapporto fra la forma prescritta nell'ambito della negoziazione in strumenti finanziari e le cd. nullità protettive, poste a tutela di interessi e valori fondamentali, quali- nello specifico settore- il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.).

Sul punto, la pronunzia di maggior rilievo è costituita da **Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01**, inerente alle conseguenze della declaratoria di nullità del

cd. contratto-quadro per difetto di forma scritta prevista dall'art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998.

La questione posta all'attenzione delle Sezioni Unite ha mosso dal presupposto che tale nullità, di carattere protettivo, può essere, come tale, fatta valere esclusivamente dall'investitore nei confronti dell'intermediario finanziario, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a vantaggio del primo.

Il contrasto in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità si era, tuttavia, formato in ordine alla possibilità per l'intermediario, nel caso di domande dirette a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, di opporre all'investitore l'eccezione di buona fede, ove la selezione della nullità determinasse un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto-quadro.

Detto contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite in senso affermativo.

La pronunzia osserva anzitutto che anche nei contratti caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall'autonomia contrattuale, al fine di proteggere il contraente cd. debole, il principio di buona fede deve avere un ambito di operatività trasversale, non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente, ma estesa ad impedire altresì che regole imposte al contraente “forte” finiscano per arrecargli un ingiustificato pregiudizio, pur se applicate conformemente al paradigma legale, e ciò soprattutto nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti.

Il rilievo della buona fede come “criterio valutativo della regola contrattuale” conduce quindi le Sezioni Unite a ritenere compatibile con il regime delle nullità protettive nei contratti d'intermediazione finanziaria l'opponibilità, da parte dell'intermediario, della “eccezione di correttezza e di buona fede”, così da individuare un punto di equilibrio tra le esigenze di garanzia degli investimenti dei privati in relazione alla collocazione dei propri risparmi (art. 47 Cost.) e la tutela dell'intermediario, anche in funzione della certezza dei mercati in materia d'investimenti finanziari.

Sullo stesso tema, **Sez. 1, n. 16106/2019, Falabella, Rv. 654626-01**, prende in esame l'ipotesi in cui le parti abbiano concordato la modalità con cui debbano essere impartiti i singoli ordini di negoziazione, affermando che detta pattuizione costituisce elemento essenziale del contratto-quadro e soggiace all'obbligo della forma scritta, a norma degli artt. 23, comma 1, del d.lgs. n. 58 del 1998 e 30, comma 2, lett. c), del regolamento Consob n. 11522 del 1998, potendo così essere revocata o modificata solo attraverso un nuovo accordo, da adottarsi nella medesima forma.

12.2. Le nullità virtuali.

Con riguardo alle ipotesi di nullità virtuale del contratto, si segnalano anzitutto due decisioni che ne ravvisano la sussistenza in altrettante fattispecie di frequente ricorrenza nella prassi.

Sez. 1, n. 26778/2019, Fidanzia, Rv. 655763-01, prende in esame il caso di una clausola contrattuale, nell'ambito di un contratto di conto corrente e deposito titoli, con cui la banca subordina l'esecuzione delle proprie prestazioni al previo rilascio, da parte del cliente, del consenso al trattamento dei dati personali sensibili, sancendone la nullità per violazione di norme imperative; tale previsione, ad avviso della Suprema Corte, contrasta con uno dei principi informatori della legge sulla *privacy* – il cd. criterio di minimizzazione nell'uso dei dati, di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 196 del 2003- che, in quanto posto a tutela di interessi generali e di valori morali e sociali riconosciuti dall'ordinamento, non è derogabile dall'autonomia privata.

Sez. 2, n. 25830/2019, Cosentino, Rv. 655464-01, concerne, invece, l'ipotesi di patto fra un avvocato ed un ente pubblico suo assistito circa la determinazione forfetaria e globale del compenso per una serie indeterminata di prestazioni rese in un certo arco di tempo; tale pattuizione- nel regime anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 223 del 2006 (cd. decreto “Bersani”, convertito con l. n. 248 del 2006)- è nulla, in quanto contraria al principio di inderogabilità delle tariffe minime all'epoca vigente, quand'anche finalizzata ad esigenze di preterdeterminazione delle spese di una pubblica amministrazione.

Si colloca, poi, nell'ambito della nullità virtuale il tema della vendita immobiliare con omessa indicazione del titolo abilitativo (originario od in sanatoria).

Al riguardo, un ruolo di preminenza è rivestito da **Sez. U, n. 08230/2019, Sambito, Rv. 653283-01**, intervenuta a risolvere il contrasto relativo all'interpretazione della natura della sanzione di nullità prevista al riguardo dagli artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 e 46 del T.U. edilizia, fra una tesi di tipo “sostanzialista” ed una definita, invece, di tipo “formale”.

La prima tesi qualificava tale sanzione, per l'appunto, come una nullità virtuale, riconducendola ad un generale divieto di stipulazione di atti aventi ad oggetto immobili abusivi; riteneva perciò la nullità configurabile solo in tale ultima evenienza. Secondo la tesi formale, invece, la comminatoria di nullità dipendeva esclusivamente dall'omessa dichiarazione degli estremi dell'atto abilitativo, a prescindere dalla conformità o meno dell'immobile allo stesso, essendo finalizzata a tutelare l'affidamento dell'acquirente mediante la previsione di requisiti formali la cui assenza (sia pure anche nell'ottica di prevenzione degli abusi) comporta di per sé la nullità dell'atto di trasferimento.

Secondo le Sezioni Unite, la tesi “sostanzialista” si fonda su un'opzione esegetica che trascende il significato letterale della disposizione che commina la nullità, e dunque contrasta con il canone interpretativo di cui all'art. 12, co. 1, delle Preleggi; non sussistono, del resto, una norma imperativa ed il generale divieto di stipulazione di atti aventi ad oggetto immobili abusivi al fine di renderli giuridicamente non utilizzabili.

La pronunzia riconduce quindi la nullità in esame nell'ambito delle comminatorie *ex lege* di cui al comma 3 dell'art 1418 c.c., qualificandola come nullità «testuale», volta a sanzionare la mancata inclusione negli atti di trasferimento *inter vivos* degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, che tuttavia deve esistere realmente ed essere a quello stesso immobile riferibile.

La posizione delle Sezioni Unite ha trovato immediata conferma in **Sez. 3, n. 28624/2019, De Stefano, Rv. 655786-01**, che ribadisce come la difformità del titolo abilitativo dalla normativa urbanistica non integri, di per sé sola, una ragione di nullità.

13. L'annullamento del contratto ed i vizi del consenso.

Quanto all'annullamento del contratto, **Sez. 2, n. 05734/2019, Scarpa, Rv. 653145-01**, contiene una precisazione di interesse in materia di accertamento del dolo invalidante; rileva, infatti, detta pronunzia che la necessità dell'incidenza del dolo sul processo formativo del consenso (ovvero l'idoneità dello stesso a fornire una distorta rappresentazione della realtà, all'esito della quale il contraente si determina a stipulare) importa la necessità che la parte che deduce questa fattispecie dimostri di aver manifestato il proprio consenso negoziale in presenza od in costanza di tale falsa rappresentazione.

Sez. 2, n. 22585/2019, Tedesco, Rv. 655221-01, affronta, invece, il tema degli effetti dell'annullamento, rilevando che la previsione dell'art. 1445 c.c., che esclude gli effetti dell'annullamento nei confronti dei terzi di buona fede che abbiano acquistato a titolo oneroso, ne sancisce implicitamente l'efficacia nei confronti degli acquirenti rispetto ai quali tale requisito soggettivo non ricorra.

Concerne, infine, il tema della rescissione **Sez. 2, n. 08240/2019, Varrone, Rv. 653160-01**, che si occupa di una fattispecie di divisione; la sentenza chiarisce che l'esclusione della rescindibilità del relativo atto di divisione, ai sensi dell'art. 764, comma 2, c.c., non è limitata al fatto che esso contenga una contestuale transazione, occorrendo altresì accertare che con tale ultima le parti abbiano regolato ogni controversia, anche potenziale, in ordine alla determinazione delle quote ereditarie, e che la stessa abbia riguardato proprio le questioni costituenti presupposto ed oggetto dell'azione di rescissione.

CAPITOLO IX

I SINGOLI CONTRATTI

(DI STEFANIA BILLI E STEFANO PEPE)³

SOMMARIO: – 1. Il contratto di appalto privato. - 1.1. Gli atti amministrativi autorizzatori dell’opera e la loro rilevanza ai fini della efficacia del contratto di appalto. - 2. Il contratto di assicurazione e l’assicurazione della responsabilità civile. – 3. L’assicurazione obbligatoria r.c.a.: azione diretta e terzi danneggiati. – 3.1. *Profili processuali*. - 4. Il comodato. – 4.1. Il comodato tra figure tipiche e atipiche. - 5. I contratti agrari: le controversie ed il procedimento giurisdizionale. - 6. La tutela del credito, tra garanzie tipiche e atipiche o improprie. - 7. La locazione: la solidarietà *a latere creditoris*. - 7.1. Locazione e obbligo di restituzione del deposito cauzionale in capo al locatore al termine del rapporto. - 7.2. Restituzione della cosa locata. - 7.3. Indennità di avviamento. - 7.4. Lo “scalettamento”. - 7.5. Locazione ad uso non abitativo. - 7.6. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta. - 7.7. Contratto di locazione ad uso abitativo stipulato dall’usufruttuario. - 7.8. Registrazione tardiva del contratto. - 7.9. Competenza. 7.10. Recesso e disdetta. - 7.11. Agibilità. - 7.12. Locazione non abitativa transitoria. - 7.13. Sublocazione. - 8. Il mandato. - 9. La mediazione. – 10. Il mutuo. – 11. La transazione. - 12. Il trasporto. - 13. La vendita: premessa. – 13.1. Il contratto preliminare di vendita. – 13.2. Le diverse specie di vendita. – 13.3. La vendita di beni immobili. – 13.4. Rimedi allo squilibrio del sinallagma contrattuale. 14. Il giuoco e la scommessa.

1. Il contratto di appalto privato.

Seguendo le diverse fasi in cui si espleta il contratto di appalto, appare opportuno richiamare, per prima, una sentenza con la quale la Corte (**Sez, 3, n. 18342/2019, Gorgoni, Rv. 654566-01**) ha chiarito, delimitandoli, i doveri e, conseguentemente, le responsabilità in capo al progettista dei lavori.

La vicenda oggetto di scrutinio vedeva il ricorrente agire al fine di ottenere la risoluzione del contratto d’opera stipulato con il progettista e direttore dei lavori di una palazzina, nonché il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell’ordinanza di demolizione del manufatto dichiarato abusivo. In particolare, il ricorrente asseriva che il professionista aveva omesso, a sua insaputa, di presentare al Sindaco e al Responsabile del Servizio Settore edilizia privata la relazione tecnica illustrativa degli interventi da realizzare su sua commissione: relazione che conteneva l’elenco delle opere oggetto dell’intervento di manutenzione straordinaria, avendo anche omesso, avvedutosi dell’errore, di presentare una variante. La Corte, dopo aver rilevato che l’assunto sul quale si fondavano le sentenze di primo e secondo grado, secondo le quali al professionista non era imputabile alcunché, era che non era risultato provato che gli fosse stato conferito l’incarico di eseguire anche le opere risultate abusive, ha accolto il ricorso. In proposito, il Collegio ha rilevato che i giudici di merito non

³ *Stefania Billi ha redatto i paragrafi 2, 3, 8, 9, 13, 14 e Stefano Pepe 1, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12.*

avevano tenuto conto del fatto che - non risultando escluso che dette opere fossero state realizzate sotto la sua direzione –il direttore dei lavori non poteva sottrarsi alle domande formulate dal committente, se non provando di aver stipulato con lui un contratto *contra legem* al fine di perpetrare un abuso edilizio. In conclusione, la Corte ha affermato che in tema di contratto d'opera per la redazione di un progetto edilizio, pur trattandosi di una fase preparatoria rispetto all'esecuzione dell'opera, il professionista (che abbia cumulato l'incarico di progettista e di direttore dei lavori) deve assicurare la conformità del medesimo progetto alla normativa urbanistica ed individuare in termini corretti la procedura amministrativa da utilizzare, così da prevenire la soluzione dei problemi che precedono e condizionano la realizzazione dell'opera richiesta dal committente. Ne consegue che egli è responsabile per l'attività espletata sia nella fase antecedente all'esecuzione delle opere - in relazione alla scelta del titolo autorizzativo occorrente per il tipo di intervento edilizio progettato - sia in quella successiva di controllo e verifica della difformità dell'opera progettata rispetto a quella eseguita, non costituendo la riscontrata difformità di per sé indice di un accordo illecito volto alla realizzazione di un abuso edilizio, trattandosi di un obbligo del professionista giustificato dalla specifica competenza tecnica necessariamente richiesta a chi abbia assunto l'incarico del progetto e della direzione dei lavori.

Sempre con riferimento al contenuto e ai limiti della responsabilità del professionista incaricato del progetto e della direzione dei lavori nell'ambito di un contratto di appalto, la Corte (**Sez. 3, n. 16288/2019, Pellicchia, Rv. 654399-01**) ha affermato che quest'ultimo non esegue correttamente il mandato, relativamente all'espletamento delle pratiche amministrative, nel caso in cui omette di comunicare al committente la necessità di presentare la comunicazione della fine dei lavori prima della scadenza della D.I.A. - comunicazione la cui mancanza incide sulla commerciabilità dell'immobile -, non essendo all'uopo sufficiente l'indicazione al committente che, per ovviare alle conseguenze derivanti dal proprio inadempimento, può ricorrere alla procedura di sanatoria.

Nel corso del 2019 la Corte (**Sez. 2, n. 21719/2019, Scalisi, Rv. 655235-01**) si è altresì occupata dei limiti e della natura della responsabilità del subappaltatore nei confronti del subappaltante e del committente, affermando che la condotta negligente del primo, che integra inadempimento contrattuale nei confronti del secondo, ben può dare luogo a responsabilità extracontrattuale nei confronti del committente originario, in quanto idonea a ledere il suo diritto (di credito) ad una corretta esecuzione del rapporto contrattuale di appalto ed a cagionare al medesimo un pregiudizio ingiusto, *sub specie* di esborsi necessari al fine di rimuovere i vizi e difformità. Tale responsabilità extracontrattuale riferita al subappaltare è riconducibile all'art. 2043 c.c. quale lesione aquiliana di un diritto di credito, secondo

la prospettazione che anche il terzo che ha ostacolato o reso impossibile l'adempimento di un obbligo può essere chiamato a rispondere. Alla luce di tali principi, la Corte ha concluso che la responsabilità del subappaltatore nei confronti del committente originario non è riconducibile alla normativa di cui all'art. 1669 c.c., anche se questa integra gli estremi di un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, dovendosi considerare che tale disposizione presuppone, comunque, il rapporto diretto tra appaltatore e committente, ma è riconducibile all'art. 2043 c.c. Nei confronti del subappaltatore, infatti, non potrebbe invocarsi, direttamente o analogicamente, la disposizione di cui all'art. 1669 c.c., poiché questa consente un'azione diretta che prescinde dal rapporto contrattuale, ma la limita dal lato passivo al solo appaltatore (o al venditore costruttore), che il legislatore ha voluto porre come unico garante della solidità e stabilità dell'edificio.

1.1. Gli atti amministrativi autorizzatori dell'opera e la loro rilevanza ai fini della efficacia del contratto di appalto.

Il contratto di appalto si innesta frequentemente con procedimenti amministrativi autorizzatori volti a consentire, spesso sotto il profilo urbanistico, la realizzazione dell'opera oggetto del contratto stipulato tra le parti. Da ciò consegue che gli esiti di tali procedimenti influiscono anche sugli effetti del contratto di appalto.

In proposito è costante l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione di un'opera senza la prescritta concessione edilizia è nullo per illiceità dell'oggetto, nullità che impedisce al contratto di produrre i suoi effetti sin dall'origine, senza che rilevi l'eventuale ignoranza delle parti circa il mancato rilascio del titolo abilitativo. Tale ignoranza è, infatti, inescusabile, attesa la grave colpa di ciascun contraente che avrebbe potuto verificare, con l'ordinaria diligenza, la reale situazione del bene dal punto di vista amministrativo (Sez. 2, n. 21418/2018, Orilla, Rv. 650037-02).

In linea con questo orientamento, la Corte di legittimità aveva in precedenza affermato che, trattandosi di contratto nullo, *ex* artt. 1346 e 1418 c.c., in quanto avente un oggetto illecito per violazione delle norme imperative di cui agli artt. 31 e 41 della legge urbanistica n. 1150 del 1942 e agli artt. 10 e 13 della legge n. 765 del 1967, la nullità permane ancorché sopraggiunga condono edilizio, in quanto essa, una volta verificatasi, anche se non ancora dichiarata, impedisce sin dall'origine al contratto di produrre gli effetti suoi propri (cfr. Sez. 2, n. 02884/2002, Orestano, Rv. 552622 - 01).

Tuttavia, Sez. 2, n. 10173/2018, Criscuolo, Rv. 648168 – 01, dando continuità agli approdi giurisprudenziali già raggiunti da Cass., Sez. 1, 03913/2009, Rv. 606891

– 01, ha affermato che sfugge alla sanzione della nullità l'ipotesi in cui la concessione sia rilasciata dopo la data di stipula del contratto ma, comunque, prima della realizzazione dell'opera, non essendo conforme alla *mens legis* la sanzione di nullità comminata ad un contratto il cui adempimento, in ossequio al precetto normativo, sia stato intenzionalmente posposto al previo ottenimento della concessione o autorizzazione richiesta, e potendosi tale contratto considerare sospensivamente condizionato, in forza di presupposizione, al previo ottenimento dell'atto amministrativo mancante al momento della stipulazione.

In conformità a tale indirizzo **Sez. 6-2, n. 11883/2019, Falaschi, Rv. 653846–01**, ha precisato che, in tema di appalto di ristrutturazione di edificio di proprietà del committente, la circostanza che la concessione edilizia sia rilasciata dopo la stipula del contratto e persino dopo l'inizio dei lavori, non è causa di nullità del contratto, se comunque la stessa sia stata ottenuta prima della ultimazione dei lavori medesimi e, quindi, della realizzazione dell'opera, atteso che il momento storico rilevante per la verifica della nullità del negozio per difetto di un elemento essenziale della fattispecie, quale la concessione edilizia, è quello del trasferimento dei diritti reali su edifici o loro parti, effetto che nell'appalto di edificio su terreno di proprietà del committente si realizza, per l'appunto, con il completamento dell'opera in virtù di accessione, *ex* art. 934 c.c..

2. Il contratto di assicurazione e l'assicurazione della responsabilità civile.

Un importante intervento chiarificatore sul contenuto del contratto di assicurazione contro i danni e sulla differenza rispetto a quello di assicurazione della responsabilità civile proviene da **Sez. 2, n. 23948/2019, Scarpa, Rv. 655358–04**, che ha meglio delineato l'ambito delle tutele. Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicurato si cautele contro il rischio dell'alterazione negativa del suo intero patrimonio e con essa l'assicuratore si impegna a tener indenne ed a reintegrare il patrimonio dell'assicurato attraverso il pagamento di una somma di danaro pari all'esborso dovuto dall'assicurato stesso in conseguenza di un fatto colposo a lui addebitato, anche se dovuto a colpa grave. Il fondamento dell'obbligazione risarcitoria, postulato dall'art. 1917, comma 1, c.c., è, dunque, l'imputabilità del fatto dannoso a titolo di colpa, mentre sono esclusi dalla garanzia assicurativa unicamente i danni derivanti da fatti dolosi dell'assicurato.

Nello stesso senso si è espressa **Sez. 3, n. 20305/2019, Di Florio, Rv. 654869–01**, la quale ha, inoltre, affermato che l'assicurazione della responsabilità civile comprende tutte le ipotesi di colpa, salva la previsione di espresse clausole limitative del rischio, e non può concernere fatti meramente accidentali, dovuti a caso fortuito o forza maggiore.

Logico corollario di tali affermazioni è che la clausola di un contratto di assicurazione che preveda la copertura del rischio per danni conseguenti a fatti accidentali deve essere interpretata nel senso che essa si riferisce semplicemente alla condotta colposa, in contrapposizione ai fatti dolosi.

Nell'assicurazione della responsabilità contro i danni, invece, l'interesse dell'assicurato, ai sensi dell'art. 1904 c.c., è il risarcimento del danno subito da un proprio determinato bene in conseguenza di un sinistro e sono esclusi dalla garanzia i fatti addebitabili per colpa grave.

Tali principi bene possono, pertanto, coordinarsi con quelli espressi da **Sez. 3, n. 21848/2019, Frasca, Rv. 655366-01**, che, confermando quanto già affermato da Sez. 3, n. 20786/2018, Di Florio, Rv. 650408-02, ha ribadito che, in materia di assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore, la garanzia assicurativa copre anche il danno dolosamente provocato dal conducente nei confronti del terzo danneggiato. La norma di cui all'art. 1917 c.c., ormai pacificamente, non costituisce il paradigma tipico della responsabilità civile da circolazione stradale, rinvenibile, invece, nelle leggi della RCA e nelle direttive europee che affermano il principio di solidarietà verso il danneggiato. Questi, pertanto, ha il diritto di ottenere dall'assicuratore del responsabile il risarcimento del danno, salva la facoltà della compagnia assicuratrice di rivalersi nei confronti dell'assicurato-danneggiante, per il quale la copertura contrattuale non opera.

Un altro arresto che ha contribuito a fare chiarezza sul contenuto del contratto di assicurazione sotto il diverso profilo delle clausole limitative della responsabilità, agli effetti dell'articolo 1341 c.c., è riconducibile a **Sez. 3, n. 15598/2019, Olivieri, Rv. 654289-01**, secondo cui rientrano in tale alveo, con conseguente necessità di specifica approvazione preventiva per iscritto, tutte le pattuizioni che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito. Attengono, viceversa, all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa, specificando il rischio garantito. Queste ultime non risultano, quindi, assoggettate al regime della norma ora richiamata.

Sotto il diverso profilo degli obblighi connessi al contratto di assicurazione della responsabilità civile, **Sez. 2, n. 14107/2019, Scarpa, Rv. 654183-01**, ha affermato che l'obbligo di pagare il legale dell'assicurato indicato dall'assicuratore costituisce, ai sensi dell'articolo 1917, comma 3, c.c., un debito proprio di quest'ultimo che ha ad oggetto le mere spese sostenute per lo svolgimento dell'attività di resistenza alle pretese del terzo, mentre restano escluse quelle per le attività ad essa complementari.

Diversamente, costituisce una modalità di adempimento sostitutiva dell'obbligo di rimborso delle spese di resistenza un patto di gestione della lite accessorio al

contratto di assicurazione. In tal caso è onere a carico dell'assicuratore anticipare e concorrere direttamente alle spese del giudizio con esonero dell'assicurato.

Con riguardo, invece, al diverso ambito della responsabilità indiretta dell'impresa di assicurazioni per l'illecito del sub-agente, **Sez. 3, n. 23973/2019, Positano, Rv. 655173-01**, ha chiarito che essa è fondata, ai sensi dell'art. 2049 c.c., sul nesso di occasionalità necessaria tra le incombenze di quest'ultimo e il danno subito dal cliente. Il presupposto necessario è che il fatto dannoso sia stato agevolato o reso possibile dall'inserimento del sub-agente nell'organizzazione dell'impresa e, benché la posizione del sub-agente sia tendenzialmente autonoma rispetto all'assicuratore, tale responsabilità indiretta sussiste nell'ipotesi in cui quest'ultimo, quale primo preponente, abbia conferito al sub-agente un autonomo e diretto potere rappresentativo oppure mantenga comunque un controllo diretto anche sul suo operato o, ancora, si avvalga di un'organizzazione imprenditoriale articolata in un reticolo di agenzie che operano di regola a mezzo di sub-agenti abilitati a vendere i suoi prodotti assicurativi, nonché nell'ipotesi in cui ricorra la prova di un'apparenza di rapporto diretto del sub-agente con la compagnia per ottenere prodotti assicurativi in nome e per conto di essa.

Sono intervenute, poi, numerose pronunce che hanno agevolato la distinzione del contratto di assicurazione da altri contratti atipici.

In questo senso, al fine di distinguere tra la polizza assicurativa sulla vita, stipulata prima dell'entrata in vigore della l. 28 dicembre 2005, n. 262, e del d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303, e gli investimenti in strumenti finanziari, **Sez. 3, n. 06319/2019, Di Florio, Rv. 653250-01**, ha ribadito quanto già affermato da Sez. 3, n. 06061/2012, Spirito, Rv. 622089-01, secondo cui, ove sia stabilito che le somme corrisposte dall'assicurato a titolo di premio vengano versate in fondi di investimento interni o esterni all'assicuratore e che, alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto, l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare in quel momento (polizze denominate *unit linked*), il giudice di merito, al fine di accertare se l'impresa emittente, l'intermediario e il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa e dall'art. 1337 c.c., deve interpretare il contratto. E' tenuto, in particolare, ad accertare se, al di là del *nomen iuris* ad esso attribuito, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita, in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore, oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario in cui il rischio di *performance* sia per intero addossato all'assicurato. Tale accertamento determina un'interpretazione incensurabile in sede di legittimità, se congruamente e logicamente motivata.

Al riguardo, la pronuncia ha precisato (**Sez. 3, n. 06319/2019, Di Florio, Rv. 653250-02**) che nelle polizze *unit linked*, caratterizzate dalla componente causale mista, finanziaria ed assicurativa sulla vita, anche ove sia prevalente la causa finanziaria, la parte qualificata come assicurativa deve rispondere ai principi dettati dal codice civile, delle assicurazioni e dalla normativa secondaria ad essi collegata, con particolare riferimento al rischio demografico rispetto al quale il giudice di merito deve valutare l'entità della copertura assicurativa, desumibile dall'ammontare del premio versato dal contraente rispetto al capitale garantito, dall'orizzonte temporale e dalla tipologia dell'investimento.

Passando ad un altro tipo negoziale, **Sez. 2, n. 02688/2019, Oricchio, Rv. 652429-01**, ha confermato la struttura della cd. assicurazione fideiussoria, costruita secondo lo schema del contratto a favore di terzo, come precedentemente chiarito da Sez. 2, n. 01724/2016, Manna F., Rv. 638530-01. Si tratta di una figura contrattuale intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione che è contraddistinta dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente.

In proposito, **Sez. 2, n. 02688/2019, Oricchio, Rv. 652429-02**, ha altresì precisato che in tale fattispecie negoziale, qualora la comunicazione del fatto o dell'inadempimento del contraente garantito avvenga, da parte del terzo beneficiario, oltre il termine contrattualmente stabilito per tale adempimento, la decadenza del diritto del terzo e l'esclusione del beneficio assicurativo si verificano automaticamente, a condizione che queste conseguenze siano espressamente previste dal contratto di assicurazione.

Particolarmente significativo l'intervento di **Sez. 3, n. 28811/2019, Rossetti, Rv. 655963-03**, in materia di responsabilità sanitaria che ha tracciato linee più precise di demarcazione tra la *mala gestio* ed il momento di insorgenza della mora dell'assicuratore rispetto all'obbligo di indennizzo. Posto che nell'assicurazione di responsabilità civile, come si è visto, esposto al rischio è l'intero patrimonio dell'assicurato e che esso è suscettibile di variazioni costanti, il limite dell'obbligo indennitario è un tetto convenzionalmente fissato, detto massimale.

L'assicuratore della responsabilità civile può essere tenuto al pagamento di somme eccedenti il massimale, oltre che nell'ipotesi prevista dall'art. 1917, comma 3, c.c., nei casi, tra loro diversi, della *mora debendi*, costituita dal ritardo nell'adempimento dell'obbligazione indennitaria dal quale derivano le conseguenze *ex art. 1224 c.c.*, ivi compreso il maggior danno ai sensi del secondo comma, oppure della *mala gestio*, determinata dall'inadempimento (art. 1218 c.c.) ai doveri di diligenza e correttezza nella trattazione del sinistro. La pronuncia esamina analiticamente le

differenze tra i due istituti, evidenziando i diversi contenuti degli obblighi ad essi connessi e le ripercussioni in sede di oneri processuali.

Esemplificativamente, ma in modo non esaustivo, dall'inadempimento per *mala gestio* discende l'obbligo di risarcire il danno causato all'assicurato, ove sia allegato e provato, laddove la mora comporta l'obbligo di corrispondere gli interessi legali anche se il creditore non prova di avere sofferto alcun danno (art. 1224 c.c.); i danni causati dalla mora non sufficientemente ristorati possono essere risarciti, ai sensi dell'art. 1224, comma 2, c.c. La differenza tra gli istituti evidentemente presuppone la proposizione di autonome domande.

L'obbligo dell'assicuratore di indennizzare l'assicurato sorge nel momento in cui quest'ultimo causi un danno a terzi. L'assicuratore è da considerare in mora rispetto a tale obbligo solo dopo che sia decorso il tempo presumibilmente occorrente ad un diligente assicuratore per accertare la sussistenza della responsabilità dell'assicurato e per liquidare il danno, a condizione che vi sia stata una efficace costituzione in mora da parte dell'assicurato stesso (**Sez. 3, n. 28811/2019, Rossetti, Rv. 655963–04**).

La pronuncia in esame ha, inoltre, precisato che in tema di *mora debendi*, qualora il massimale garantito resti capiente rispetto all'intero debito dell'assicurato nonostante la mora dell'assicuratore, quest'ultimo è tenuto a corrispondere all'assicurato capitale ed interessi compensativi. Qualora, invece, il massimale assicurativo, capiente all'epoca dell'illecito, sia divenuto incapiente al momento del pagamento dell'indennizzo, l'assicuratore in mora è tenuto a dare all'assicurato integrale copertura, senza riguardo al limite del massimale, in quanto chiamato a risarcire il pregiudizio cagionato al diritto di garanzia dell'assicurato dal proprio colposo ritardo nell'adempimento.

Ove, viceversa, il massimale assicurativo fosse già incapiente all'epoca del sinistro, l'assicuratore in mora è tenuto a pagare gli interessi legali sul massimale *ex* art. 1224, comma 1, c.c. o, in alternativa agli interessi moratori, il maggior danno ai sensi del secondo comma della citata disposizione (**Sez. 3, n. 28811/2019, Rossetti, Rv. 655963–06**).

L'obbligazione indennitaria dell'assicuratore ha natura di debito di valuta, sia quando il danno causato dall'assicurato al terzo superi il massimale, sia in caso di danno inferiore al massimale. La pronuncia ha, tuttavia, cura di precisare che in tale ultimo caso essa "si comporta" come una obbligazione di valore, sicché l'assicurato va tenuto indenne di tutti i danni causati al terzo e, quindi, non solo del risarcimento in conto capitale, ma anche degli interessi compensativi di mora dovuti dal giorno del fatto ai sensi dell'art. 1219 c.c. (**Sez. 3, n. 28811/2019, Rossetti, Rv. 655963–05**).

3. L'assicurazione obbligatoria r.c.a.: azione diretta e terzi danneggiati.

In tema di rapporto tra azione diretta e terzo danneggiato, **Sez. 3, n. 25033/2019, Guizzi, Rv. 655176-01**, ha chiarito che, ai sensi dell'art. 141 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, la persona trasportata può avvalersi dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazioni del veicolo sul quale viaggiava al momento del sinistro soltanto se in quest'ultimo siano rimasti coinvolti, pur in mancanza di un urto materiale, ulteriori veicoli.

In proposito, secondo **Sez. 3, n. 12231/2019, Moscarini, Rv. 653892-01**, il terzo trasportato ha diritto al risarcimento del danno alla persona da parte dell'assicuratore se prova di averne ignorato senza colpa la illegale circolazione, essendo la mancata conoscenza dell'illegalità un fatto costitutivo della pretesa. Secondo **Sez. 3, n. 04147/2019, Graziosi, Rv. 652744-01**, l'azione diretta conferita dall'art. 141 del d.lgs. n. 209 del 2005 al terzo trasportato, nei confronti dell'assicuratore del vettore, postula l'accertamento della corresponsabilità di quest'ultimo, dovendosi riferire la "salvezza del caso fortuito", di cui all'inciso iniziale della norma, non solo alle cause naturali, ma anche alla condotta umana del conducente di altro veicolo coinvolto. Tale presunzione può, tuttavia, essere superata dalla prova, a carico dell'assicuratore del vettore, della totale assenza di responsabilità del proprio assicurato, ovvero dalla dichiarazione, resa ai sensi dell'art. 141, comma 3, del d.lgs. n. 209 del 2005 dall'assicuratore del responsabile civile intervenuto nel processo, a fronte della quale il giudice è tenuto ad estromettere l'originario convenuto, rivolgendosi *ex lege* la domanda risarcitoria dell'attore verso l'assicuratore intervenuto.

L'azione diretta prevista dall'art. 141 del d.lgs. n. 209 del 2005 è, invece, esclusa da **Sez. 3, n. 03729/2019, Valle, Rv. 652738-01**, nel caso del datore di lavoro che intenda agire a tutela del credito alla prestazione lavorativa del proprio dipendente, danneggiato in conseguenza di un sinistro stradale nel quale sia stato coinvolto il veicolo sul quale era trasportato. Il datore può agire, invece, *ex art.* 148 del d.lgs. n. 209 del 2005, posto che la tutela del terzo trasportato, per il carattere eccezionale del citato art. 141 che la prevede, non può essere applicata analogicamente a soggetti che non siano in esso espressamente contemplati.

Sez. 3, n. 01279/2019, Fieconci, Rv. 652470-01, ha, poi, chiarito che la persona trasportata può avvalersi dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazioni del veicolo sul quale viaggiava al momento del sinistro anche se quest'ultimo sia stato determinato da uno scontro in cui sia rimasto coinvolto un veicolo assicurato con una compagnia che non abbia aderito alla convenzione tra assicuratori per il risarcimento diretto (c.d. *CARD*). A sostegno di tale principio si è opportunamente precisato che l'art. 141 del d.lgs. n. 206 del 2005, di derivazione

comunitaria, assegna una garanzia diretta alle vittime dei sinistri stradali in un'ottica di tutela sociale che fa traslare il "rischio di causa" dal terzo trasportato, vittima del sinistro, sulla compagnia assicuratrice del trasportante.

Di sicuro rilievo, ai fini di una migliore delimitazione della categoria dei terzi trasportati, è la precisazione proveniente da **Sez. 3, n. 21842/2019, Scarano, Rv. 655086-02**, secondo cui è suscettibile di deroga convenzionale la regola prevista dall'art. 4, comma 2, lett. b), della l. n. 990 del 1969, in base alla quale il coniuge, gli ascendenti ed i discendenti del conducente non sono considerati terzi e, di conseguenza, ove danneggiati in un incidente stradale imputabile al conducente del veicolo, non possono fruire, limitatamente ai danni alle cose, dei benefici assicurativi. Tale deroga può intervenire sia all'atto della stipula del contratto tra l'assicuratore e l'assicurato, sia successivamente al verificarsi del sinistro, anche mediante la stipulazione di un accordo transattivo in materia di risarcimento del danno in favore del terzo danneggiato.

In argomento **Sez. 3, n. 25023/2019, Scarano, Rv. 655371-01**, ha precisato che, qualora il proprietario subisca danni dovuti ad un vizio di costruzione della vettura, trova applicazione quella sulla responsabilità del costruttore da prodotto difettoso, e non la disciplina della r.c.a.

Con riguardo al tema dei danni da sinistro stradale cagionati da veicolo non identificato **Sez. 3, n. 33444/2019, Gianniti, Rv. 656451 - 01**, ha confermato l'orientamento, da ritenere ormai consolidato (da ultimo Sez. 3, n. 00274/2015, Rossetti, Rv. 633964-01) e del tutto in linea con l'art. 1, comma 4, della Direttiva CE del 30 dicembre 1983, n. 84/5, poi trasfuso nell'art. 10, comma 1, della Direttiva CE del 16 settembre 2009, n. 2009/103. In particolare, è stato ribadito che l'obbligo risarcitorio nei confronti della vittima sorge non solo nei casi in cui il responsabile si sia dato alla fuga, ma anche quando la sua identificazione sia stata resa impossibile per circostanze obiettive, da valutare caso per caso e non imputabili a negligenza della vittima.

3.1. *Profili processuali.*

Costituisce condizione di proponibilità dell'azione risarcitoria la richiesta di risarcimento di cui all'art. 22 della l. 24 dicembre 1969, n. 990, applicabile *ratione temporis*, che ha, secondo **Sez. 3, n. 14385/2019, Cricenti, Rv. 654092-01**, lo scopo di agevolare una definizione della controversia che eviti il giudizio e, quindi, di consentire all'assicuratore di valutare se accettare la pretesa del danneggiato. Nel formulare tale richiesta, quest'ultimo non ha l'onere di ricostruire la fattispecie secondo il corretto criterio di imputazione, essendo sufficiente, affinché il suddetto

scopo possa ritenersi raggiunto, che i possibili responsabili siano messi al corrente della sua volontà di ottenere il risarcimento.

Sez. 3, n. 14873/2019, Olivieri, Rv. 653926–01, ha provveduto a chiarire l'ambito di applicazione dell'art. 145 del d.lgs. n. 209 del 2005, ai sensi del quale l'azione per il risarcimento dei danni causati dalla circolazione dei veicoli a motore può essere proposta solo dopo che siano decorsi sessanta giorni da quello in cui il danneggiato abbia chiesto il risarcimento del danno all'impresa di assicurazione. La disposizione non trova applicazione nell'ipotesi in cui il medesimo assicuratore, convenuto in giudizio per l'integrale risarcimento, proceda alla chiamata in garanzia impropria di un altro danneggiante (e del suo assicuratore) per sentirlo dichiarare corresponsabile dei danni lamentati dall'attore, ai fini della ripartizione interna *ex* art. 2055 c.c. dell'obbligazione solidale. Tale domanda non ha, infatti, ad oggetto alcuna richiesta di risarcimento del danno, trovando, invece, titolo nella disciplina dei rapporti tra coobbligati solidali.

Per l'azione di rivalsa ai sensi dell'art. 144, comma 2, d.lgs. n. 209 del 2005, **Sez. 3, n. 13600/2019, Sestini, Rv. 653920–01**, ha affermato che il termine di prescrizione è quello annuale *ex* art. 2952, comma 2, c.c., con decorrenza dal giorno in cui l'assicuratore abbia provveduto al pagamento dell'indennizzo a favore del terzo danneggiato e, nel caso di pluralità di versamenti parziali in tempi diversi, dalla data di ciascuno di essi.

Per quanto riguarda gli oneri di allegazione e prova, secondo **Sez. 6 - 3, n. 26813/2019, Rossetti, Rv. 655287–01**, il massimale non è elemento essenziale del contratto di assicurazione, il quale può essere validamente stipulato senza la relativa pattuizione, e neppure costituisce fatto generatore del credito assicurato, configurandosi piuttosto come elemento limitativo dell'obbligo dell'assicuratore, sicché grava su quest'ultimo l'onere di allegare e provare l'esistenza e la misura del massimale nel rispetto delle preclusioni processuali, a nulla rilevando che al momento dell'introduzione del giudizio quel massimale non fosse ancora esaurito. Deve ritenersi, dunque, in via di consolidamento l'orientamento espresso da Sez. 3, n. 03173/2016, Rossetti, Rv. 639075–01.

Con riguardo alla fase strettamente processuale, in tema di risarcimento del danno da incidente stradale, secondo **Sez. 3, n. 10816/2019, Guizzi, Rv. 653707–01**, è ammissibile la costituzione in giudizio dell'assicuratore del danneggiato, in posizione antagonista con il medesimo, sulla base del mandato *cd. card* o "di rappresentanza", in forza del quale l'assicuratore del danneggiato può operare come mandatario di quello del responsabile del sinistro.

Sez. 6 - 3, n. 26647/2019, Rossetti, Rv. 655423–01, ha affermato che la surrogazione dell'assicuratore sociale nei diritti spettanti al danneggiato da un sinistro da circolazione stradale nei confronti del terzo responsabile, integrando una

successione a titolo particolare nel credito al risarcimento del danno patrimoniale, incontra il duplice limite dell'ammontare del danno effettivamente cagionato dal terzo alla vittima, da una parte, e dell'importo dell'indennizzo pagato dall'assicuratore, dall'altra.

Sez. 3, n. 23621/2019, Fiecconi, Rv. 655490–01, ha confermato l'orientamento espresso da Sez. 3, n. 24469/2014, Rossetti, Rv. 633400 – 01, secondo cui, nei rapporti tra litisconsorti chiamati a rispondere del danno in via solidale, l'interesse dell'assicurato e del responsabile civile all'accertamento dell'obbligo solidale dell'assicuratore volto ad indennizzare il terzo danneggiato non può essere limitato, né condizionato dall'esercizio dell'azione di regresso nei confronti dell'assicuratore o della richiesta di manleva da parte dell'assicurato. L'affermazione costituisce applicazione diretta del principio solidaristico di rilievo sovranazionale *vulneratus ante omnia reficiendus*, che impone in sede sostanziale l'interpretazione delle norme di legge che disciplinano l'assicurazione r.c.a. in modo coerente con la finalità di tutela della vittima ed implica, in sede processuale, che il giudice debba compiere ogni sforzo, nei limiti del principio dispositivo e dei poteri attribuitigli dall'ordinamento, per l'accertamento della verità e la liquidazione del danno patito dalla vittima.

Sez. 3, n. 18742/2019, Di Florio, Rv. 654453–01, ha chiarito che l'eccezione di inoperatività della polizza assicurativa non costituisce un'eccezione in senso proprio, ma una semplice difesa volta a contestare il fondamento della domanda, assumendo l'estraneità dell'evento ai rischi contemplati nel contratto. Essa, pertanto, è deducibile per la prima volta in appello.

Per altro verso, **Sez. 3, n. 31071/2019, Rossetti, Rv. 655976–01**, ha affermato che, in tema di assicurazione della responsabilità civile (non obbligatoria), l'assicuratore dell'autore di un fatto illecito, quando sia chiamato in causa dall'assicurato, è legittimato a sollevare l'eccezione di prescrizione del diritto vantato dal terzo danneggiato che, se fondata, ha effetto estintivo del credito vantato dal terzo nei confronti dell'assicurato, quand'anche quest'ultimo l'abbia sollevata tardivamente.

In generale, **Sez. 3, n. 25770/2019, Di Florio, Rv. 655374–01**, ha affermato che nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile da circolazione stradale, il responsabile del danno, che deve essere chiamato nel giudizio sin dall'inizio, assume la veste di litisconsorte necessario, poiché la controversia deve svolgersi in maniera unitaria tra i tre soggetti del rapporto processuale (danneggiato, assicuratore e responsabile del danno) e coinvolge inscindibilmente sia il rapporto di danno, originato dal fatto illecito dell'assicurato, sia quello assicurativo, con la conseguenza che il giudizio deve

necessariamente concludersi con una decisione uniforme per tutti i soggetti che vi partecipano.

Sotto il profilo probatorio, con particolare riguardo alle dichiarazioni confessorie rese dal responsabile del danno, la citata pronuncia, sulla scia di Sez. U, n. 10311/2006, Lo Piano, Rv. 588600–01, ha escluso che, nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 18 l. n. 990 del 1969, sia nel caso in cui sia stata proposta soltanto l'azione diretta, sia ove sia stata avanzata anche la domanda di condanna nei confronti del responsabile del danno, si possa pervenire ad un differenziato giudizio di responsabilità in base alle suddette dichiarazioni, in ordine ai rapporti tra responsabile e danneggiato, da un lato, e danneggiato ed assicuratore, dall'altro. Ne consegue che la dichiarazione confessoria, contenuta nel modulo di constatazione amichevole del sinistro, resa dal responsabile del danno proprietario del veicolo assicurato e litisconsorte necessario, non ha valore di piena prova nemmeno nei confronti del solo confitente, ma deve essere liberamente apprezzata dal giudice, in applicazione dell'art. 2733, comma 3, c.c.

Nell'ambito della prova testimoniale, secondo **Sez. 6 - 3, n. 19121/2019, Rossetti, Rv. 654450–01**, il terzo trasportato è incapace a deporre, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., quando abbia riportato danni in conseguenza del sinistro.

Sugli effetti del giudicato **Sez. 3, n. 18325/2019, Scoditti, Rv. 654774–01**, ha affermato che quello di condanna del danneggiante non può essere opposto dal danneggiato che agisca nei confronti dell'assicuratore, in quanto devono trovare adeguata garanzia il diritto di difesa del terzo ed i principi del giusto processo e del contraddittorio. Tale giudicato, dunque, può avere nel successivo giudizio esclusivamente efficacia di prova documentale.

In grado di appello, per **Sez. 3, n. 11215/2019, Cricenti, Rv. 653592–01**, ove l'assicuratore impugni, sia pure limitatamente al *quantum debeatur*, nei confronti del solo danneggiato, che aveva promosso azione diretta, si impone sempre il litisconsorzio necessario del proprietario del veicolo assicurato, essendo evidente l'interesse di questo a prendere parte al processo allo scopo di influire sulla concreta entità del danno, di cui egli potrebbe rispondere in via di rivalsa verso il medesimo assicuratore.

In materia di fondo di garanzia vittime della strada, **Sez. 3, n. 14910/2019, Scoditti, Rv. 654209–01**, ha affermato che il danneggiato che abbia promosso azione diretta nei confronti dell'assicuratore del veicolo da lui utilizzato, qualora l'impresa di assicurazione sia posta in stato di liquidazione successivamente al sinistro, non può agire nei confronti dell'impresa designata per conto del Fondo di garanzia per le vittime della strada. L'art. 283, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 209 del 2005, infatti, trova applicazione solo con riferimento all'assicuratore del veicolo che si assume abbia cagionato il sinistro, senza pregiudizio per il diritto di difesa del

danneggiato che abbia inviato per conoscenza all'impresa assicuratrice del veicolo danneggiante la richiesta di risarcimento, potendo egli agire anche nei confronti di quest'ultima.

Sotto un diverso profilo, ma in argomento, è da ritenere ormai consolidato il principio per cui è rilevabile d'ufficio l'incapienza del massimale minimo di legge, rispetto al danno patito dalla vittima di un sinistro stradale indennizzabile da parte dell'impresa designata per conto del fondo di garanzia per le vittime della strada. In tal senso **Sez. 6 - 3, n. 16148/2019, Scrima, Rv. 654316-01**, conferma a Sez. 3, n. 22893/2012, Travaglino, Rv. 624721 - 01.

Con riguardo alla cessione del credito, **Sez. 3, n. 22726/2019, Iannello, Rv. 655087-01**, ha chiarito che il credito derivante dal risarcimento di danni patrimoniali da sinistro stradale può costituire oggetto di cessione, non essendo di natura strettamente personale, né sussistendo specifico divieto normativo al riguardo. Per effetto del negozio di cessione, dunque, il cessionario è legittimato ad esercitare l'azione prevista dall'art. 149 del d.lgs. n. 209 del 2005 nei confronti dell'impresa di assicurazione che ha stipulato il contratto relativo al veicolo utilizzato.

La pronuncia (**Sez. 3, n. 22726/2019, Iannello, Rv. 655087-02**) ha, altresì, affermato che, qualora il danneggiato dal sinistro ceda al responsabile civile il credito risarcitorio azionabile *ex* art. 149 del d.lgs. n. 209 del 2005 nei confronti della propria compagnia assicuratrice, la riunione in capo al cessionario delle qualità di creditore e debitore in solido non determina l'estinzione per confusione della autonoma obbligazione gravante sull'assicuratore. In tal caso non trova, infatti, applicazione l'art. 1303, comma 1, c.c., stante la peculiare forma di solidarietà passiva, atipica e ad interesse unisoggettivo, esistente, nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, tra impresa assicuratrice e responsabile civile.

4. Il comodato.

Uno dei caratteri del comodato è la sua natura essenzialmente gratuita, anche se non è esclusa la possibilità di far ricorso ad un comodato c.d. “modale” o “oneroso”, a patto che l'onere imposto non sia di una consistenza tale da far venir meno la natura tipica del contratto e, dunque, ridursi ad un corrispettivo per il godimento della cosa.

In ordine ai limiti che deve assumere l'onere eventualmente attribuito al comodatario, la **Sez. 3, n. 01039/2019, Guizzi, Rv. 652656-01**, ha affermato che il carattere gratuito del comodato non viene meno per effetto della apposizione, a carico del comodatario, di un *modus* di consistenza tale da non poter rappresentare un corrispettivo del godimento del bene. Al contrario, viene meno ove l'entità dell'onere economico posto a carico del comodatario e la consistenza del vantaggio

a carico del comodante assumano natura di reciproci impegni negoziali, connotandosi in termini di vera e propria sinallagmaticità. Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte è stato rilevato che i giudici di merito avevano erroneamente affermato il carattere irrisorio della esecuzione di opere sulla *res* oggetto del contratto, nonostante lo stesso giudice di appello ne avesse stimato come ingente l'ammontare, e non avevano considerato il contenuto della clausola che, in caso di mancata realizzazione dell'opera, attribuiva al concedente la facoltà di recedere *ipso iure* dal contratto.

Con altra sentenza (**Sez. 3, n. 22540/2019, Gorgoni, Rv. 655368-01**) la Corte ha ritenuto applicabili al comodato di cosa comune i principi fissati in tema di locazione dalle Sezioni unite (Cass., Sez. un., 04/07/2012, n. 11135). In particolare, la Corte ha affermato che le indicate Sezioni unite, dopo aver esaminato le differenti linee interpretative emerse nel corso del tempo, tra cui quella fondata sul principio della parità dei poteri gestori dei comproprietari e del reciproco rapporto di rappresentanza tra comunisti, ha criticato sia la tesi, fino ad allora prevalente, del mandato disgiuntivo presunto, sia quella dell'estraneità degli altri comproprietari rispetto al contratto stipulato da uno dei comunisti, fatta propria dalla sentenza oggetto del giudizio in esame; ha quindi concluso nel senso che la fattispecie dovesse essere ricondotta nell'ambito di applicazione delle disposizioni concernenti la gestione di affari altrui ed ha espresso il seguente principio di diritto: “*La locazione della cosa comune da parte di uno dei comproprietari rientra nell'ambito della gestione di affari ed è soggetta alle regole di tale istituto, tra le quali quella di cui all'art. 2032 cod. civ., sicché, nel caso di gestione non rappresentativa, il comproprietario non locatore può ratificare l'operato del gestore e, ai sensi dell'art. 1705 c.c., comma 2, applicabile per effetto del richiamo al mandato contenuto nel citato art. 2032 cod. civ., esigere dal conduttore, nel contraddittorio con il comproprietario locatore, la quota dei canoni corrispondente alla rispettiva quota di proprietà indivisa*”. Tale conclusione, ad avviso della Corte, ha il vantaggio di tutelare l'affidamento del terzo nel regolamento d'interessi originario, giacché egli non è tenuto a subire gli effetti delle sopravvenute modifiche della volontà di contrarre che si verificano tra i comproprietari dell'immobile concesso in godimento, e gli interessi del comunista non comodante, il quale, ove sia a conoscenza della intenzione del comproprietario di addivenire ad una locazione del bene comune, può manifestare preventivamente il proprio dissenso, il che lo esonererebbe, ai sensi dell'art. 2031, comma 2, c.c. dal dovere di adempiere le obbligazioni che il gestore abbia assunto, anche in nome proprio, e di rimborsargli le spese sostenute.

4.1. Il comodato tra figure tipiche e atipiche.

La Corte di cassazione (Sez. 1, n. 08571/2018, Marulli, Rv. 647768-02) ha ricostruito l'istituto del comodato, evidenziando la possibilità, con i limiti di seguito riportati, della costituzione di contratti atipici a fianco delle ipotesi tipiche previste dal codice.

In particolare, nell'affrontare una controversia tra il Comune di Roma e un ente morale avente ad oggetto il contratto di uso permanente di un bene immobile concesso dal primo al secondo, la Corte ha qualificato lo stesso come contratto di comodato atipico, avendo le parti convenuto la sua cessazione in caso di estinzione dell'ente o di diversa destinazione del bene concesso in comodato.

Ed invero, l'*iter* logico-argomentativo utilizzato dalla Corte deriva dalla previsione da parte del legislatore di due modelli di comodato.

Il primo, con prefissione di termine, per il quale l'art. 1803 c.c., sulla scia del prestito ad uso, stabilisce che la consegna della cosa “essenzialmente” gratuita avvenga “per un tempo o per un uso determinato”, di modo che il comodatario sia obbligato alla sua restituzione “alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza, quando se ne è servito in conformità del contratto”, e ciò, sempreché non sopravvenga un urgente ed imprevisto bisogno del comodante che in tal caso “può esigerne la restituzione immediata” (art. 1809 c.c.).

Il secondo, senza determinazione di durata, estraneo, anche in considerazione dell'autonomia accordata alla figura del c.d. precario, alla disciplina del codice civile del 1865, disciplinato dall'art. 1810 c.c., in base al principio che “se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede”.

La Corte, con la sentenza in esame ha, però, affermato che, al fine di evitare pericolosi sconfinamenti del tipo in direzione degli atti atipici di liberalità, cui fatalmente lo condurrebbe la naturale gratuità del rapporto, in uno con la sua indeterminata protrazione nel tempo, costituisce un requisito imprescindibile l'apposizione di un termine espresso o tacito, in vista del quale l'obbligo di restituzione possa trovare modo di essere adempiuto, posto che, diversamente, un godimento che si prolunga nel tempo senza l'indicazione di un termine finale si porrebbe in contrasto, da un lato, con i principi generali in tema di contratti di durata senza prefissione di un termine di scadenza, per i quali è normalmente previsto il recesso *ad nutum*, e, dall'altro, con il carattere di gratuità del negozio, che mal si concilia con un sacrificio illimitato del comodante.

Importante affermazione della Corte è, quindi, quella afferente l'essenzialità del termine, che non deve necessariamente sostanziarsi in un'indicazione temporale puntuale, ma può essere desunto dall'uso cui la cosa è destinata, dovendo però esso

essere correlato ad un evento certo nel suo futuro verificarsi, un evento che, per quanto possa essere *incertus quando*, non può essere in ogni caso *incertus an*.

Al termine di tale esame delle figure tipiche di comodato, la Corte rileva che non è ammissibile un comodato senza termine, tanto che, sebbene il termine finale possa essere determinato in funzione dell'uso cui la cosa è destinata, la circostanza che l'uso non abbia in sé una durata predeterminata nel tempo qualifica il rapporto come a tempo indeterminato, sicché il comodato deve intendersi a titolo precario e deve ritenersi che il comodante possa recedere da esso *ad nutum* a mente dell'art. 1810 c.c.

Sulla base di tali conclusioni con la sentenza in esame si precisa, con riferimento alla fattispecie oggetto di giudizio, che, accanto ai due modelli tipici di comodato, è configurabile un *tertium genus* attraverso il quale il prestito d'uso può atteggiarsi e può rendersi, in ragione degli interessi perseguiti, meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico in quanto esplicazione dell'autonomia negoziale che esso riconosce ai privati a mente dell'art. 1322 c.c. In proposito, la Corte ha affermato che si connota come figura atipica, siccome non riconducibile né al modello legale del comodato a termine (art. 1809 c.c.), né a quello del comodato senza limitazione di tempo (art. 1810 c.c.), il contratto di comodato con il quale le parti abbiano negoziato il potere di restituzione facendo sì che il comodante possa continuare a fare uso della cosa solo al perdurare delle condizioni convenute.

La specialità del comodato di terzo genere non risiede nell'apprestare un particolare statuto giuridico agendo sul profilo temporale del rapporto, ma nel rendere negoziabile il potere di restituzione sottraendolo alla regola dell'esercizio discrezionale e facendo sì che il comodante possa farne uso solo al ricorrere delle condizioni convenute dalle parti. Il principio della libera recedibilità in tronco dal rapporto, che costituisce uno dei *naturalia negotii* del comodato senza termine, cede di fronte alla diversa volontà negoziale delle parti che intendono regolare lo scioglimento di esso per iniziativa del comodante secondo uno schema che salvaguarda l'assetto degli interessi da esse impresso al negozio all'atto della sua costituzione. E questo rende esattamente il comodato atipico, poiché il prestito d'uso che vi è convenuto, non essendone commisurata la durata ad un termine prefissato neppure in maniera implicita e non potendo perciò integrare la figura del comodato disciplinata dall'art. 1809 c.c., rifluisce naturalmente nell'alveo del comodato cui si applica l'art. 1810 c.c., ma da esso si dissocia, in ciò manifestando la sua atipicità, poiché il potere di restituzione non è liberamente esercitabile dal comodante.

Sulla scia di tale sentenza si pone la successiva (**Sez. 3, n. 09796/2019, Dell'Utri, Rv. 653422 - 01**), con la quale la Corte ha cassato la sentenza emessa dalla Corte d'appello di Salerno che aveva accertato l'intervenuta cessazione di

efficacia del contratto di comodato stipulato da una Provincia Religiosa con la Fondazione Centro Studi Giovanbattista Vico ONLUS in relazione a taluni locali di proprietà della prima, con la conseguente condanna della Fondazione convenuta al rilascio del complesso immobiliare concesso in godimento. A fondamento della decisione assunta, i giudici di merito avevano evidenziato che, attraverso il contratto dedotto in giudizio, le parti avevano dato vita ad un rapporto di comodato precario, attesa la mancata apposizione di un termine di durata del rapporto negoziale, nella specie neppure rinvenibile, per implicito, dal richiamo operato dalle parti all'uso cui l'immobile concesso in comodato era stato destinato.

In particolare, la Corte di cassazione, nell'accogliere il ricorso, ha rilevato che nel caso di specie si era in presenza di un comodato atipico, avendo le parti espressamente vincolato l'efficacia del rapporto contrattuale (e, dunque, il potere di recesso *ad nutum* della Provincia comodante) al persistente espletamento delle attività culturali per le quali gli immobili erano stati concessi in prestito alla Fondazione, circostanza della quale i giudici di merito avrebbero dovuto verificare la sussistenza al fine di dichiarare, o meno, la legittima cessazione di efficacia del contratto.

5. I contratti agrari: le controversie ed il procedimento giurisdizionale.

Con due diverse sentenze la Corte, nell'anno 2019, si è occupata del rapporto tra tentativo di conciliazione e successivo giudizio in caso di contenzioso relativo a contratti agrari e, in particolare, dell'art. 46 della legge 203 del 1982, secondo il quale chi intenda proporre in giudizio una domanda relativa ad una controversia in materia di contratti agrari è tenuto ad esperire il preventivo tentativo di conciliazione dinanzi agli appositi organi.

Nella prima pronuncia, la **Sez. 3, n. 16281/2019, Scrima, Rv. 654347-01**, ha accolto il ricorso proposto sul presupposto che il giudice di merito, investito della controversia in materia di contratti agrari, al fine di verificare se la domanda sottoposta al suo esame sia o meno proponibile, ossia di valutare se la parte attrice abbia adempiuto all'onere posto a suo carico dall'art. 46 della legge n. 203 del 1982, deve accertare, prescindendo da ogni altra indagine, che esista non solo perfetta coincidenza soggettiva fra coloro che hanno partecipato al tentativo di conciliazione e quanti hanno assunto, nel successivo giudizio, la qualità di parte, ma anche che le domande formulate dalla parte ricorrente (e da quella resistente in via riconvenzionale) siano le stesse intorno alle quali il tentativo medesimo si è svolto o si sarebbe dovuto, comunque, svolgere ove avesse avuto luogo. Nel caso di specie, la Corte aveva rilevato che i giudici di merito non avevano rilevato il necessario esperimento del tentativo di conciliazione relativamente alla domanda subordinata

avente ad oggetto proprio l'esistenza di un contratto agrario tra le parti. Sempre con riferimento al necessario tentativo di conciliazione, la **Sez. 3, n. 17059/2019, Cricenti, Rv. 654403-01**, ha affermato che in materia di contratti agrari, perché possa ritenersi osservata la prescrizione del preventivo tentativo di conciliazione di cui all'art. 46 della legge n. 203 del 1982, è necessario che la pretesa fatta valere in sede di conciliazione sia identica, sotto il profilo soggettivo, del *petitum* e della *causa petendi*, a quella avanzata in giudizio, ma tale condizione è rispettata anche quando la domanda giudiziale abbia ad oggetto una richiesta ridotta rispetto a quella contenuta nella diffida, in modo tale che il più di quest'ultima contenga il meno di quella. Alla luce di tale principio, la Corte ha ritenuto sussistente tale rapporto di continenza nel caso in cui in sede di conciliazione la parte preannunci di chiedere la riduzione in pristino ed il risarcimento dei danni e con la successiva domanda giudiziale chieda, invece, solo la rifusione del costo di riduzione in pristino.

6. La tutela del credito, tra garanzie tipiche e atipiche o improprie.

Con riferimento alle forme contrattuali aventi come finalità quelle dell'accesso al credito e di tutela della posizione creditoria, assumono rilievo le garanzie atipiche o improprie, sia personali che reali, diffuse nella prassi bancaria e commerciale, che presentano punti in comune con la fideiussione, ma se ne distaccano per alcuni decisivi caratteri. Si tratta di fattispecie nate in ragione delle mutate esigenze del mercato rispetto a quelle esistenti al tempo di adozione del codice, nonché delle difficoltà di accesso al credito e della collegata esigenza di trovare nuove forme di tutela del creditore, e frutto di successiva elaborazione da parte della giurisprudenza di legittimità.

Prima di passare ad esaminare tali forme di garanzia atipiche, con riferimento alla fideiussione, **Sez. 1, n. 22559/2019, Solaini, Rv. 655330-01**, si è occupata dei limiti del contratto di fideiussione, analizzando quando la relativa conclusione si pone in frode alla legge, con conseguente nullità della pattuizione.

In particolare, la Corte d'Appello di Brescia dichiarava la nullità di una fideiussione per la mancanza di uno degli elementi costitutivi del negozio, in particolare della causa, dal momento che l'incapienza del patrimonio del garante precludeva di fatto il conseguimento dello scopo pratico della fideiussione.

La Corte si è dunque occupata della questione relativa alla causa della fideiussione, onde verificare se la capienza del patrimonio del fideiussore possa dirsi elemento indefettibile ai fini della validità dell'operazione negoziale *de qua*, in termini di "ragione pratica" dell'atto negoziale. Al riguardo, il Collegio ha osservato che il nostro ordinamento non presuppone una esatta coincidenza tra il concetto di garanzia patrimoniale e quello di capienza del patrimonio del debitore. L'art. 2740

c.c., infatti, dispone che *"Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri"*. Detta disposizione, unitamente all'art. 2910 c.c., che prevede che il creditore possa fare espropriare i beni del debitore per conseguire quanto gli è dovuto, sanciscono il principio della responsabilità patrimoniale del debitore, la quale comporta la sussistenza di un vincolo sul patrimonio del medesimo e del conseguenziale potere di coazione del creditore. Il riferimento dell'art. 2740 c.c. ai beni futuri conferma, a parere della Corte, che la sussistenza di una garanzia personale non è condizionata dall'attuale capienza del patrimonio del debitore stesso. La fideiussione è una garanzia personale e, come tale, rafforza la posizione creditoria nella misura in cui estende la garanzia patrimoniale del garantito ai beni, presenti e futuri, del garante.

In ragione di quanto sopra, la Corte afferma che, appurato dunque che la causa del negozio di fideiussione, e cioè lo scopo concreto dell'operazione negoziale, resta la funzione di garanzia di un debito altrui, la stessa non può ritenersi mancante se prestata da soggetto incapiente.

Nel corso dell'anno 2019 la Corte di cassazione ha, poi, esaminato diverse forme contrattuali aventi le finalità sopra descritte, riconoscendo ad esse tutela giuridica in ragione degli interessi perseguiti.

Quanto alle forme di garanzia personale atipiche, assumono rilievo alcune sentenze relative al contratto autonomo di garanzia, che si distingue dalla fideiussione - oltre che per il fatto che il fideiussore assume l'obbligo di eseguire una prestazione di identico contenuto a quella dovuta dal debitore medesimo, mentre la prestazione dovuta dal garante ha ad oggetto il pagamento al beneficiario di una determinata somma di denaro – per l'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto all'obbligazione garantita, laddove il fideiussore può opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base *ex art. 1945 c.c.*

Alla luce di tali principi, **Sez. 3, n. 04717/2019, Gianniti, Rv. 652828-01**, ha cassato con rinvio la decisione del giudice di merito che, in virtù della mera presenza di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni”, aveva qualificato una polizza assicurativa quale contratto autonomo di garanzia, senza tener conto dell'intero contenuto della polizza e, in particolare, dei riferimenti del contratto alla situazione relativa al rapporto sottostante e alla necessità di indicare, per la richiesta di pagamento, l'inadempienza riscontrata. In proposito la Corte ha affermato che, seppure l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento “a prima richiesta e senza eccezioni” è generalmente idonea a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, ciò è vero salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale, sicchè, ai fini dell'interpretazione della volontà delle parti, pur in presenza della

clausola predetta, il giudice è sempre tenuto a valutarla alla luce della lettura dell'intero contratto.

Con riferimento ad altra forma di garanzia personale atipica, la lettera di gradimento o di *patronage*, Sez. 1, n. 00384/2018, Dolmetta, Rv. 646588-01, avuto riguardo alla già riconosciuta possibilità da parte di una impresa di assicurazione di rilasciare tale tipo di garanzia, ha precisato che questa possibilità trova un limite nel divieto imposto alle suddette società assicuratrici di limitare il proprio oggetto sociale all'attività assicurativa ed a quelle connesse in base all'art. 5 della l. n. 295 del 1978 (applicabile *ratione temporis*). In particolare, il divieto, seppure non impedisce il compimento di singoli atti non aventi natura assicurativa, impone che ciò non si traduca in un'attività sistematica implicante l'assunzione di un rischio imprenditoriale indipendente ed estremo rispetto a quello tipico dell'assicuratore.

Quanto alle garanzie reali, queste si caratterizzano per una minore flessibilità rispetto a quelle personali, con la conseguenza che nella prassi si sono diffusi nuovi schemi contrattuali derivanti dagli istituti tipici del diritto obbligazionario e contrattuale: tra queste, l'ampia categoria delle alienazioni a scopo di garanzia costituite da vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate all'inadempimento del debitore, oppure da vendite con annesso patto di ricompera, di riscatto o di retrovendita. In questi casi la funzione di garanzia si compie con il trasferimento al creditore – a titolo temporaneo o provvisorio – del diritto pieno di proprietà. Di tali alienazioni a scopo di garanzia la Corte di cassazione si è dovuta occupare al fine di evitare che con esse le parti violino il divieto di patto commissorio *ex art. 2744 c.c.*

Con la vendita con patto di riscatto il venditore si riserva il diritto di riacquistare la cosa venduta alle condizioni stabilite dagli artt. 1500 ss. c.c. e ciò al fine di ottenere l'equivalente denaro, nella speranza che, successivamente, possa riacquistare il bene venduto. Il negozio in esame può assumere una funzione di garanzia se vista dal lato del compratore, in quanto il pagamento del prezzo può avere la natura di un prestito e la proprietà del compratore garantisce dall'inadempimento dello stesso. Con riferimento a tale schema contrattuale, **Sez. 3, n. 04729/2019, Sestini, Rv. 652833 – 01**, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto che il credito vantato da una parte non poteva essere determinato in base ad una scrittura privata (contenente un riconoscimento di debito di 850 milioni di lire), in quanto la stessa prevedeva la vendita di un immobile con patto di riscatto che si poneva «sostanzialmente come strumento di garanzia per la restituzione delle somme di denaro asseritamente date in prestito» e come «mezzo per eludere il divieto posto dall'art. 2744 c.c.», con conseguente nullità ai sensi degli artt. 1343 e 1418 c.c. La sentenza impugnata dinanzi alla Corte osservava che, in ragione di quanto sopra, «*la nullità relativa alla vendita con patto di riscatto vada ad inficiare anche la ricognizione di debito contenuta nella*

medesima scrittura, in quanto il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. si estende a qualsiasi negozio, ancorché lecito e quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore».

La Corte, nel ritenere infondato l'iter argomentativo sopra riportato, ha affermato che il consolidato orientamento di legittimità che estende il divieto di patto commissorio a qualsiasi negozio che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di proprietà del bene come conseguenza della mancata estinzione del debito non può valere per quei negozi, pur contestuali o contenuti nello stesso atto, che non hanno - direttamente o indirettamente - finalità di concorrere a realizzare il risultato vietato dal legislatore, ma ne prescindono o, come nel caso del riconoscimento di debito, ne costituiscono addirittura un mero presupposto, del tutto autonomo e distinto sul piano fattuale e logico-giuridico.

Diversamente, nel caso di vendita con riserva di proprietà, l'acquirente paga il prezzo del bene in via dilazionata divenendone proprietario, anche se ne ha già la materiale disponibilità, solo al momento del pagamento dell'ultima rata di prezzo. In sostanza il diritto di proprietà rimane in capo al venditore, svolgendo una funzione di garanzia sul pagamento del prezzo, laddove l'inadempimento del pagamento del prezzo da parte del compratore comporta la risoluzione del contratto.

7. La locazione: la solidarietà *a latere creditoris*.

Nel corso di un giudizio il conduttore di diversi immobili commerciali, in forza di distinti contratti, si era rivolto al Tribunale per chiedere la condanna dei locatori: 1) al pagamento dell'indennità di avviamento commerciale; 2) alla restituzione del deposito cauzionale versato; 3) al pagamento degli interessi e del risarcimento del maggior danno *ex art. 1224 c.c.* La Corte d'Appello, in parziale riforma della decisione di primo grado, riconosceva l'indennità di avviamento limitatamente al primo immobile, con condanna del rispettivo locatore alla restituzione della caparra. Quanto al secondo immobile, la domanda riconvenzionale dei plurimi concedenti veniva respinta, perché tardiva. Avverso tale pronuncia i locatori proponevano ricorso per cassazione, deducendo, tra l'altro, la nullità della sentenza gravata, derivante dall'omesso rilievo della mancata notifica dell'atto d'appello nei confronti di un locatore, rimasto contumace nel primo grado di giudizio, ma – a loro dire – litisconsorte necessario, nei cui confronti, pertanto, avrebbe dovuto essere ordinata l'integrazione del contraddittorio. **Sez. 3, n. 18069/2019, Iannello, Rv. 654411 –**

01, ha dichiarato l'infondatezza di tale motivo, affermando che nel caso, come quello di specie, in cui la parte locatrice risulta costituita da una pluralità di locatori, ognuno di essi è tenuto, dal lato passivo, nei confronti del conduttore alla medesima prestazione, così come, dal lato attivo, ognuno degli stessi può agire nei riguardi del locatario per l'adempimento delle sue obbligazioni, applicandosi in proposito la disciplina della solidarietà di cui all'art. 1292 c.c., che non determina la nascita di un rapporto unico ed inscindibile. La Corte ha, pertanto, escluso che in siffatta evenienza ricorra un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra i diversi obbligati o creditori.

Sempre con riferimento all'ipotesi di locazione della cosa comune, **Sez. 3, n. 25433/2019, Graziosi, Rv. 655273 – 01**, ha affermato che, qualora essa risulta sottoscritta da parte di uno dei comproprietari, rientra nell'ambito della gestione di affari, con la conseguenza che, nel caso di gestione non rappresentativa, il comproprietario non locatore può ratificare l'operato del gestore senza formalità particolari, potendo la ratifica essere espressa dalla stessa domanda di pagamento dei canoni, ed esigere dal conduttore, in virtù dell'art. 1705, comma 2, c.c. - applicabile per effetto del richiamo al mandato contenuto nell'art. 2032 c.c. - la parte, proporzionale alla propria quota di proprietà indivisa, dei canoni locatizi dovuti nel periodo successivo alla ratifica, non avendo tale atto efficacia retroattiva.

La fattispecie oggetto di giudizio comportava l'esame dell'applicazione del suindicato principio, sancito dalle Sezioni unite n. 01135 del 2012, volto sostanzialmente alla conservazione del contratto locatizio e alla tutela del conduttore, anche nel caso di stipulazione di un contratto locatizio di durata ultranovennale.

Ebbene, con riferimento a tale fattispecie la sentenza in esame ha negato l'applicazione del detto principio, non potendosi, di conseguenza, ritenere valido il contratto di durata ultranovennale sottoscritto da un solo locatore. Precisa la sentenza che l'intervento nomofilattico si è dedicato ai contratti locatizi riconducibili all'ordinaria amministrazione del bene comune, e in tal modo ha potuto, come già si è visto, completare un percorso di valorizzazione dell'iniziativa del singolo comproprietario ricondotta nella fattispecie della gestione d'affari per la parte non sua propria del bene locato. Per quanto concerne, invece, il contratto di locazione ultranovennale, il legislatore ha fornito una regola del tutto chiara e ineludibile, equiparandolo agli "atti di alienazione o di costituzione di diritti reali sul fondo comune", come recita l'articolo 1108, comma 3, c.c. Non è, pertanto, configurabile la sussunzione di un contratto stipulato per durata ultranovennale da non tutti i comproprietari nella condotta gestionale in relazione alla quale le Sezioni Unite, sulla base di una interpretazione allargata dalla fattispecie di cui agli artt. 2028 ss. c.c., avevano ritenuto legittimato ogni comproprietario.

7.1. Locazione e obbligo di restituzione del deposito cauzionale in capo al locatore al termine del rapporto.

Sez. 3, n. 18069/2019, Iannello, Rv. 654411–02, nell'ambito del procedimento indicato nel paragrafo precedente, ha, poi, affermato che l'obbligo di restituzione del deposito cauzionale sorge in capo al locatore al termine del rapporto, non appena avvenuto il rilascio dell'immobile locato, con la conseguenza che, ove il locatore trattenga la somma dopo tale evento, senza proporre domanda giudiziale per l'attribuzione, in tutto o in parte, della stessa a copertura di specifici danni subiti o di importi rimasti impagati, il conduttore può esigerne la restituzione. Tuttavia, dallo svincolo, volontario o coattivo, dei beni o somme oggetto di deposito non può inferirsi in via automatica l'insussistenza di obbligazioni inadempite del conduttore o di danni da risarcire, dal momento che non è l'accertamento dell'insussistenza di danni ovvero dell'infondatezza di pretese risarcitorie del locatore a far sorgere il diritto alla restituzione del deposito cauzionale del conduttore, ma l'avvenuto rilascio dell'immobile. Nel giudizio promosso per la restituzione del deposito cauzionale, l'esistenza di eventuali danni può essere dedotta a fondamento di domanda riconvenzionale risarcitoria, nel rispetto dei termini processuali dettati a pena di decadenza, non potendo la semplice allegazione degli stessi considerarsi mera difesa volta a negare la sussistenza del fatto costitutivo del credito azionato.

7.2. Restituzione della cosa locata.

In tema di riconsegna dell'immobile locato, **Sez. 3, n. 23639/2019, Dell'Utri, Rv. 655170 – 02**, ha ribadito l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (Sez. 3 n. 08672/2017, Cirillo, Rv. 643704 - 01) secondo il quale, mentre l'adozione della procedura di cui agli artt. 1216 e 1209, comma 2, c.c., rappresenta l'unico mezzo per la costituzione in mora del creditore e per provocarne i relativi effetti, l'utilizzo, da parte del conduttore, di altre modalità aventi valore di offerta reale non formale (art. 1220 c.c.), purché serie, concrete e tempestive e sempreché non sussista un legittimo motivo di rifiuto da parte del locatore, benché insufficiente a costituire in mora il locatore, è tuttavia idonea ad evitare la mora del conduttore nell'obbligo di adempiere la prestazione, anche ai fini dell'art. 1591 c.c. In applicazione di tale principio la Corte ha rigettato il ricorso proposto avverso la sentenza della Corte d'Appello che aveva rigettato la domanda diretta alla pronuncia della risoluzione, per inadempimento della conduttrice, del contratto di locazione commerciale intercorso tra le parti, attesa la legittima sottrazione di quest'ultima all'obbligo di pagamento dei canoni di locazione dedotti in giudizio, e condannato la locatrice alla restituzione del deposito cauzionale originariamente consegnato dalla società conduttrice. A fondamento della decisione assunta, la Corte territoriale aveva

rilevato come la conduttrice avesse legittimamente esercitato il proprio diritto di recesso, *ex* art. 27 legge n. 392/78, avendo adeguatamente comprovato la sussistenza dei gravi motivi a fondamento dello stesso, con la conseguente insussistenza di alcuna residua obbligazione del conduttore in ordine al pagamento dei restanti canoni.

Sez. 3, n. 23640/2019, Dell’Utri, Rv. 655171 – 01, ha, poi, affermato che la decisione che, nel rigettare la domanda di rilascio di un immobile perché occupato *sine titulo*, riconosca che lo stesso è oggetto di un valido ed efficace contratto di locazione non determina la formazione di alcun giudicato su fatti costituenti inadempimento del conduttore, pur se anteriori alla pronuncia, poiché l'accertamento di detti fatti non costituisce un passaggio logico-giuridico necessario ai fini della statuizione concernente la richiesta di restituzione del bene. Precisa la Corte che il suindicato principio discendeva altresì dal fatto che sui fatti di inadempimento non era (o non risultava che fosse stato) operato alcun concreto accertamento suscettibile di costituire materia di giudicato.

7.3. Indennità di avviamento.

Sez. 3, n. 24221/2019, Graziosi, Rv. 655109–01, ha affermato che, in tema di locazione di immobile ad uso non abitativo, la clausola contenente la rinuncia preventiva, da parte del conduttore, all'indennità di avviamento è nulla, ancorché sia stata pattuita a fronte della riduzione del canone, ai sensi dell'art. 79 della l. n. 392 del 1978, potendo il medesimo conduttore rinunciare alla detta indennità solo successivamente alla conclusione del contratto, quando può escludersi che si trovi in quella posizione di debolezza alla cui tutela la richiamata disciplina è preordinata. Tale principio si pone in perfetta consonanza con quello fissato da Sez. 3, n. 15373/2018, Armano, Rv. 649307 – 01, la quale aveva affermato che l'art. 79 della legge 27 luglio 1978, n. 392 non impedisce al conduttore di rinunciare all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, purché ciò avvenga successivamente alla conclusione del contratto, quando può escludersi che il conduttore si trovi in quella posizione di debolezza alla cui tutela la richiamata disciplina è preordinata. Diversamente, Sez. 3, n. 08705/2015, Scrima, Rv. 635206 – 01, aveva sostenuto che, in tema di locazione di immobile ad uso non abitativo, vige il principio della libera determinazione del canone, per cui, tendendo l'art. 79 della legge 27 luglio 1978, n. 392, a garantire l'equilibrio sinallagmatico del contratto secondo la valutazione operata dal legislatore, non sono stati imposti limiti all'autonomia negoziale con riguardo alla previsione di un canone in misura inferiore a quella originariamente concordata, ove la stessa trovi la sua giustificazione nella rinuncia, da parte del

conduttore, ai diritti derivantigli dal contratto di locazione, ivi compreso quello alla corresponsione dell'indennità di avviamento commerciale.

L'arresto giurisprudenziale del 2019, nel ripercorrere le posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità, rileva che, per effetto dell'art. 79 della l. n. 392 del 1978, deve essere considerata nulla la rinuncia all'avviamento, in quanto contraria alla *ratio* di tale disposizione, secondo la quale è nulla ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello previsto dalla legge stessa, ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni normative; essendo la norma stata concepita per tutelare il conduttore, inteso come “parte debole” del contratto di locazione.

L'evoluzione della giurisprudenza, tuttavia, nel ridimensionare il concetto di “debolezza” del conduttore nelle locazioni commerciali, è giunta a consentire che la rinuncia all'avviamento possa essere concordata in una fase successiva alla stipula del contratto di locazione, quando, cioè, gli elementi essenziali del contratto (canone, durata) sono stati già determinati.

Sez. 3, n. 23344/2019, Dell'Utri, Rv. 655100 – 01, ha, poi, affermato che, ai fini del riconoscimento del diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, rileva l'abituale esercizio, nei locali condotti in locazione, di un'attività in forma di impresa con stabile organizzazione aziendale gestita secondo criteri di economicità (ossia secondo il criterio della copertura dei costi con i ricavi di esercizio), non essendo invece necessario l'ulteriore requisito dello scopo di lucro dell'attività.

7.4. Lo “scalettamento”.

Per “canone scalettato” si intende la previsione nel contratto di locazione di un canone crescente nel corso degli anni. Spesso le parti, nella libera determinazione convenzionale del canone locativo, usano questa forma per agevolare il conduttore, nel primo periodo della locazione, che deve adeguare l'immobile alle proprie esigenze.

Nel corso di un giudizio i proprietari di un immobile concesso in locazione ad uso commerciale intimavano alla società conduttrice sfratto per morosità, lamentando il mancato pagamento dei canoni. La convenuta si opponeva negando la morosità ed eccependo la nullità del contratto e, in particolare, delle clausole che prevedevano l'aumento del canone in misura crescente nel tempo.

Censura sostanzialmente identica veniva proposta nel giudizio di legittimità, lamentando la ricorrente che con le suindicate clausole emergeva chiaramente come il solo ed unico scopo dei locatori fosse quello di eludere il disposto dell'art. 32 della l. n. 392/78, che vieta variazioni in aumento del canone superiori al 75% di quelle,

accertate dall'ISTAT, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati. **Sez. 3, n. 23986/2019, Iannello, Rv. 655107 – 01**, ha accolto il ricorso e affermato che, con riferimento alla locazione degli immobili destinati ad uso non abitativo, deve ritenersi legittima la clausola con cui viene pattuita l'iniziale predeterminazione del canone in misura differenziata e crescente per frazioni successive di tempo nell'arco del rapporto (a) mediante la previsione del pagamento di rate quantitativamente differenziate e predeterminate per ciascuna frazione di tempo, oppure (b) mediante il frazionamento dell'intera durata del contratto in periodi temporali più brevi, a ciascuno dei quali corrisponda un canone passibile di maggiorazione, ovvero (c) correlando l'entità del canone all'incidenza di elementi o di fatti (diversi dalla svalutazione monetaria) predeterminati e influenti, secondo la comune visione delle parti, sull'equilibrio economico del sinallagma. Al contrario, la legittimità di tale clausola va esclusa qualora risulti - dal testo del contratto o da elementi extratestuali, della cui allegazione è onerata la parte che invoca la nullità - che i contraenti abbiano in realtà perseguito surrettiziamente lo scopo di neutralizzare soltanto gli effetti della svalutazione monetaria, eludendo i limiti quantitativi posti dall'art. 32 della l. n. 392 del 1978 e così incorrendo nella sanzione di nullità prevista dal successivo art. 79, comma 1, della stessa legge. Per effetto del principio innanzi riportato, in presenza di un contratto di locazione ad uso non abitativo, le parti sono libere di pattuire una determinazione del canone in misura differenziata e crescente nel tempo (c.d. “a scaletta”), purchè ciò avvenga in sede di conclusione del contratto e non abbia effetti puramente elusivi dei limiti all'aumento del canone posti per legge. Precisa il Collegio che in tali casi non è necessario che la pattuizione sia legata ad elementi oggettivi e predeterminati, diversi dalla svalutazione monetaria e idonei a incidere sul sinallagma contrattuale, costituendo quest'ultima soltanto una delle modalità possibili per assicurare al locatore un corrispettivo crescente.

7.5. Locazione ad uso non abitativo.

Sez. 3, n. 24223/2019, Graziosi, Rv. 655111 – 01, è stata investita del ricorso avverso la sentenza di una Corte d'Appello che non aveva riconosciuto il diritto di prelazione, *ex* articolo 38 l. 392/1978, in ordine ad un immobile di cui la parte era conduttore nell'ambito di un contratto locatizio ad uso non abitativo stipulato con una s.a.s.; immobile che era stato ceduto dalla società locatrice ai suoi soci - ovvero ai convenuti - come cessione agevolata di beni sociali ai soci, ai sensi dell'articolo 1, commi 115-120, l. 28 dicembre 2015, n. 208. La Corte, nel confermare la sentenza di merito, ha affermato che l'istituto della prelazione e quello del riscatto, contemplati dall'art. 38 della legge n. 392 del 1978, non si applicano al caso in cui

una società di persone abbia ceduto in via agevolata, ai sensi della disposizione prima menzionata, ai propri soci l'immobile concesso in locazione, avendo il legislatore plasmato l'atto di trasferimento oneroso per renderlo idoneo ad una vera e propria causa tributaria (parziale sgravio fiscale) che viene affiancata, quale specialità del negozio, all'ordinaria causa di compravendita.

In particolare, il diritto di prelazione previsto dall'art. 38 l. n. 392 del 1978 in favore del conduttore/inquilino risponde alla *ratio* di evitare a quest'ultimo, che svolge nell'immobile un'attività commerciale, il pregiudizio che potrebbe derivargli dal venir meno del contratto di locazione a seguito di vendita del bene. Il diritto di prelazione e l'eventuale diritto di riscatto, in caso di violazione dei doveri di informazione previsti dalla norma sopra indicata, non si applicano, alla luce della sentenza sopra riportata, in presenza di cessione agevolata di beni ai soci prevista dalla legge di stabilità del 2016 e ciò in quanto la cessione agevolata in esame ha una evidente causa tributaria- di agevolazione fiscale- che si affianca a quella tipica della compravendita.

Con altra pronuncia (**Sez. 3, n. 23639/2019, Dell'Utri, Rv. 655170 - 01**) la Corte ha affermato che, in tema di recesso del conduttore di immobile adibito ad uso non abitativo, le ragioni che consentono al locatario di liberarsi in anticipo del vincolo contrattuale, ai sensi dell'art. 27, ultimo comma, l. n. 392 del 1978, devono essere determinate da avvenimenti estranei alla volontà del conduttore, imprevedibili e sopravvenuti alla costituzione del rapporto, che ne rendano oltremodo gravosa la prosecuzione. La gravosità di tale prosecuzione, che deve avere una connotazione oggettiva, non potendo risolversi nella unilaterale valutazione effettuata dal medesimo conduttore in ordine alla convenienza o meno di continuare il rapporto locativo, deve non solo eccedere l'ambito della normale alea contrattuale, ma consistere, altresì, ove venga in rilievo l'attività di un'azienda, in un sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni originarie idoneo ad incidere significativamente sull'andamento dell'azienda stessa globalmente considerata e, quindi, se di rilievo nazionale o multinazionale, anche nel complesso delle sue varie articolazioni territoriali. Nella specie, la S.C. ha ritenuto esente da censure la sentenza impugnata, che aveva considerato motivo legittimo di recesso la gravità della crisi economica - divenuta palese esclusivamente dopo l'ultimo rinnovo automatico del contratto -, in relazione alla collocazione geografica dell'attività commerciale svolta all'interno dell'immobile locato.

Sez. 3, n. 20321/2019, Iannello, Rv. 654872 - 01, sempre in tema di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, ha precisato che l'errore nella determinazione del canone a misura, che sia stato specificamente pattuito sia con riferimento alla base di calcolo, sia con riferimento al risultato finale, collocandosi nel momento della formazione della volontà negoziale, e non in quello

dell'esecuzione del contratto, non legittima direttamente all'azione di ripetizione di indebito, trovando il pagamento della somma convenuta giustificazione nell'accordo contrattuale, il quale rimane valido ed efficace fino a quando il vizio del consenso non venga fatto valere con l'azione di annullamento e questa non trovi accoglimento.

7.6. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta.

A seguito di condanna al pagamento a titolo di indennità di occupazione di un immobile locato con contratto che si era risolto per la dichiarata inagibilità conseguente al sisma dell'aprile 2009 - ciò in quanto il conduttore convenuto, pur avendo trasferito altrove i propri uffici, aveva lasciato gli archivi e svariato mobilio nell'immobile locato, così da non consentirne la disponibilità al titolare -, lo stesso conduttore proponeva ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione. **Sez. 3, n. 23987/2019, Iannello, Rv. 655032 – 01**, nel dare conto che era pacifico in causa che il contratto di locazione intercorso tra le parti era stato consensualmente risolto in conseguenza della inagibilità dell'immobile dichiarata per le conseguenze del sisma dell'aprile 2009, ha affermato che, in caso di risoluzione del contratto di locazione per impossibilità sopravvenuta (nella specie, a seguito dei danni causati da evento sismico e della conseguente emanazione di ordinanze sindacali di sgombero e di inagibilità relative agli immobili oggetto del contratto e destinati a scuola), va esclusa l'applicabilità dell'art. 1591 c.c., non essendo configurabile il godimento, anche di mero fatto, dei beni già locati — sicché è da ritenersi non più dovuto il corrispettivo che, se corrisposto, determina un ingiustificato arricchimento da parte del (già) locatore — e la possibilità di una utilizzazione diretta o di un reimpiego da parte del locatore dei beni medesimi nel periodo tra la cessazione dei contratti e la loro effettiva riconsegna. In tali casi si applica la disciplina generale dettata dall'art. 1463 c.c., con la conseguenza che il locatore è tenuto, per far valere il diritto alla restituzione del bene, a formulare apposita domanda - valendo essa a rendere imputabile al conduttore il ritardo - e, per ottenere il risarcimento del danno per ritardata restituzione, a dare prova di aver subito un effettivo pregiudizio dalla mancata disponibilità dell'immobile, non potendo tale pregiudizio ritenersi sussistente *in re ipsa*.

7.7. Contratto di locazione ad uso abitativo stipulato dall'usufruttuario.

Nel corso di un contratto di locazione stipulato dall'usufruttuario, quest'ultimo decedeva e il conduttore agiva in giudizio nei confronti di uno degli eredi, in qualità di attuale proprietario dell'immobile, per vedersi riconosciuta la restituzione dei maggiori canoni corrisposti. Quest'ultimo eccepiva il proprio difetto di

legittimazione passiva, dando corso ad altro giudizio nei confronti degli altri eredi dell'usufruttuario, giudizio che veniva riunito al primo. La Corte d'Appello rigettava l'eccezione di difetto di legittimazione passiva ritenendo che, in virtù dell'art. 999 c.c., le locazioni concluse dall'usufruttuario, in corso al tempo della cessazione dell'usufrutto, continuano per la durata stabilita. In tal senso il contratto locatizio sarebbe opponibile al nudo proprietario: vale a dire che, cessato l'usufrutto, il conduttore manterrebbe il diritto di godimento anche nei confronti del proprietario, benché questi rispetto al contratto sia un terzo. In sostanza, l'art. 999 c.c. non indicherebbe a chi il conduttore debba chiedere la restituzione di quanto abbia da lui indebitamente ricevuto l'usufruttuario. La corte territoriale avrebbe, però, ritenuto che il ricorrente, in quanto nudo proprietario e per avere manifestato volontà di subentro nel contratto, sarebbe pure subentrato nella responsabilità per il debito del *de cuius*. **Sez. 3, n. 24222/2019, Graziosi, Rv. 655110 – 01**, investita del relativo giudizio, in via preliminare, ha escluso l'applicabilità degli artt. 999, comma 1, e 1602 c.c. (per cui il terzo acquirente è tenuto a rispettare la locazione e subentra nei diritti derivanti dal contratto) indicati dai giudici del merito. La Corte ha, poi, affermato che, in tema di locazione immobiliare ad uso abitativo, nel caso in cui il contratto sia stato stipulato dall'usufruttuario il quale, nel corso del rapporto, abbia indebitamente percepito somme eccedenti quelle dovute a titolo di canone, alla morte del locatore, la domanda del conduttore volta a conseguire la ripetizione delle somme deve essere proposta nei confronti degli eredi dell'usufruttuario, e non già del nudo proprietario divenuto *medio tempore* pieno proprietario. In sostanza, riprendendo l'orientamento espresso sul punto dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. 3, n. 17030/2015, Lanzillo, Rv. 636327 - 01), la Corte ha affermato che alla fattispecie si applicano le regole della successione, onde sono gli eredi a subentrare nella responsabilità per il debito sorto prima del decesso dell'usufruttuario; è, invece, responsabile il nudo proprietario, in quanto divenuto proprietario pieno, per i debiti sorti dopo la morte dell'usufruttuario.

7.8. Registrazione tardiva del contratto.

Sez. 3, n. 23637/2019, Gorgoni, Rv. 655369 – 01, ha affermato che, in tema di locazione, l'avvenuta registrazione tardiva del contratto ne sana la nullità con efficacia retroattiva e, pertanto, il conduttore, convenuto per il rilascio, che abbia corrisposto il canone, diversamente da quanto pattuito, nella misura ridotta prevista dall'art. 3, commi 8 e 9, d.lgs. n. 23 del 2011 e dall'art. 5, comma 1 *ter*, d.l. n. 47 del 2014 (conv., con modif., dalla l. n. 80 del 2014), è inadempiente, poiché le citate disposizioni sono state dichiarate costituzionalmente illegittime. Ne consegue che la pretesa azionata nei confronti del medesimo conduttore dal locatore non può

avere ad oggetto un'indennità per occupazione *sine titulo* di ammontare normativamente e forfettariamente prestabilito, non trovando in particolare applicazione l'art. 13, comma 5, l. n. 431 del 1998, nel testo novellato dall'art. 1, comma 59, l. n. 208 del 2015, come interpretato dalla decisione n. 87 del 2017 della Corte costituzionale.

Nel caso di specie la società locataria aveva provveduto alla registrazione del contratto solo per l'anno 2010 e nei due anni successivi il conduttore-inquilino aveva provveduto autonomamente, applicando un canone di locazione pari al triplo della rendita catastale, così come previsto dal d.lgs. n. 431/2011, alla determinazione dei canoni di locazione. La Corte di cassazione ha affermato l'illegittimità di tale comportamento, facendo riferimento all'articolo 1, comma 346, della legge n. 311 del 2004, che stabilisce la nullità del contratto solo nel caso di mancata o tardiva registrazione.

7.9. Competenza.

Sez. 6 - 3, n. 20554/2019, Positano Rv. 654880 – 01, ha affermato che tutte le controversie in materia di locazioni immobiliari esulano dalla competenza del giudice di pace, perché, a seguito della soppressione dell'ufficio del pretore, con la conseguente abrogazione dell'art. 8 c.p.c. ad opera dell'art. 49 del d.lgs. n. 51 del 1998, la competenza in materia di locazione di immobili urbani è stata attribuita al tribunale.

7.10. Recesso e disdetta.

In materia di recesso e disdetta del contratto di locazione e, in particolare, di limiti del potere delle parti di avvalersi di tali istituti, la Corte, nel corso del 2019, si è pronunciata con plurime decisioni.

Sez. 6-3, n. 23424/2019, Scrima, Rv. 655123–01, ha affermato che, in tema di locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, le parti, nella loro autonomia negoziale, possono fissare un termine di preavviso inferiore a quello semestrale previsto dall'art. 27 della legge n. 392 del 1978 per il recesso del conduttore, il cui esercizio fa sorgere l'obbligo di corrispondere i canoni sino al compimento del periodo di preavviso come convenzionalmente stabilito. In applicazione di tale principio, la Corte ha rigettato il ricorso proposto dal locatore volto ad ottenere la dichiarazione di nullità del recesso in tal modo esercitato.

Con altra sentenza (**Sez. 3, n. 19523/2019, Dell'Utri, Rv. 654572 - 01**) la Corte, in tema di locazione ad uso abitativo, ha affermato che l'effettiva destinazione dell'immobile all'uso allegato a fondamento del diniego di rinnovazione alla prima scadenza, *ex* art. 3, comma 1, della legge n. 431 del 1998, costituisce condizione per

il valido ed efficace esercizio della corrispondente facoltà potestativa del locatore, sul quale, pertanto, grava l'onere di dimostrare la realizzazione dell'indicata finalità (nella specie coincidente con l'adibizione dell'immobile ad abitazione del proprio figlio).

7.11. Agibilità.

Sez. 3, n. 16918/2019, Graziosi, Rv. 654401 – 01, ha affermato che il mancato conseguimento del certificato di agibilità, che non dipenda da intrinseche caratteristiche dell'immobile locato, ma dall'inerzia della parte tenuta a farne richiesta – la quale, salvo diversa previsione contrattuale, va individuata nel locatore - ovvero dallo svolgimento negligente o, comunque, erroneo della relativa procedura, non determina la nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto che non fosse configurabile la nullità del contratto di locazione ad uso commerciale di un immobile la cui agibilità, sussistente al momento della consegna, era venuta meno in conseguenza di lavori effettuati nel corso del rapporto. Con tale sentenza la Corte conferma l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui il contratto locatizio può essere nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto - per radicali sue connotazioni intrinseche che lo rendono inidoneo all'agibilità - in forza del combinato disposto degli articoli 1346 e 1418 c.c., e che non è configurabile alcuna sanatoria né per il fatto che il bene venga poi utilizzato ugualmente (si nota per inciso, con conseguente esposizione anche dei terzi che vi accedono ai rischi che la natura dell'immobile, incompatibile con la normativa di sicurezza sottesa all'agibilità, comporta), nè per il fatto che le parti siano consapevoli di tale radicale inidoneità quando stipulano il contratto, non potendo concordare alcunché in conflitto con norme imperative come quelle afferenti alla sicurezza dell'immobile, che è *ictu oculi* tutelata per pubblico interesse. Diverso, ovviamente, è il profilo del conseguimento delle autorizzazioni amministrative per lo specifico uso dell'immobile pattuito dai contraenti, cui è d'altronde comparabile la fattispecie del mancato conseguimento dell'agibilità non per intrinseche caratteristiche dell'immobile che la rendano oggettivamente non conseguibile (come si è appena considerato), bensì per inerzia quanto al procedere per ottenerla o per svolgimento negligente o comunque erroneo della relativa procedura. Qui tutto si sposta sul successivo piano dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali. E poichè tali conseguimenti sono nell'interesse del conduttore, un inadempimento sarà attribuito, in compatibilità peraltro con il contenuto specifico del regolamento negoziale, al locatore, confluendo così nell'articolo 1575 c.c.

7.12. Locazione non abitativa transitoria.

Da segnalare, sul punto, è **Sez. 3, n. 18942/2019, Gorgoni Rv. 654567 – 01**, la quale ha affermato che, qualora una locazione di immobile destinato all'esercizio di una delle attività previste dall'art. 27 della legge n. 392 del 1978 sia stipulata per una durata inferiore a quella legale, il contratto, ove sorga controversia, potrà essere ritenuto conforme al modello legale "locazione non abitativa transitoria" e, quindi, sottratto alla sanzione di nullità di cui all'art. 79 della legge stessa ed alla eterointegrazione *ex* art. 1339 c.c., a condizione che la transitorietà sia espressamente enunciata, con specifico riferimento alle ragioni che la determinano, in modo da consentirne la verifica in sede giudiziale e sempreché risulti, in esito ad essa, che le ragioni dedotte (delle quali si postula l'effettività, ricorrendo, diversamente, una fattispecie simulatoria) siano di natura tale da giustificare la sottrazione del rapporto al regime ordinario e, cioè, siano ragioni obiettive che escludano esigenze di stabilità. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto inidonea a giustificare la riduzione pattizia della durata legale del rapporto di locazione la clausola con la quale le parti avevano collegato la transitorietà del contratto alle esigenze del conduttore e non ad oggettive ragioni dipendenti dalla natura, nella specie sanitaria assistenziale, dell'attività svolta nell'immobile locato.

7.13. Sublocazione.

Sez. 3, n. 28809/2019, Scrima, Rv. 655584 – 01, ha affermato che in materia di locazione, in caso di plurime cessioni - senza il consenso del locatore - del contratto di locazione insieme all'azienda, tra i cedenti "intermedi" viene a configurarsi, in presenza dell'inadempimento dei cessionari, un vincolo di corresponsabilità nei confronti del locatore, a prescindere dal numero delle cessioni ed indipendentemente dal loro rapporto "diretto" di garanzia con i singoli cessionari; tale meccanismo di "cumulatività indeterminata" della responsabilità tra coobbligati costituisce adeguato "contrappeso" per riequilibrare la vicenda contrattuale, che si sviluppa in deroga al generale principio di incedibilità del rapporto obbligatorio in mancanza dell'assenso del contraente ceduto.

Tale principio è stato affermato nel giudizio in cui il locatore agiva intimando lo sfratto di morosità ad un cessionario del contratto di locazione concluso con il cedente, risultando tale contratto essere stato oggetto di cessione unitamente alla cessione di azienda esercitata nell'immobile locato. Il ricorrente sosteneva che, nel caso di cessione, qualora il locatore non avesse liberato il cedente - come nella specie -, il primo avrebbe potuto agire contro il secondo nel caso in cui il cessionario non avesse adempiuto le obbligazioni assunte e chiedeva, pertanto, che il giudice adito, accertata la morosità della società conduttrice e dei cedenti l'azienda, dichiarasse

risolto il contratto di locazione, con condanna degli intimati al rilascio, nonché al pagamento dei canoni non corrisposti. I convenuti eccepivano il difetto di legittimazione passiva sul presupposto della scadenza del contratto alla data del 30 luglio 2009, essendo la morosità della nuova conduttrice riferibile al periodo successivo al 10 dicembre 2012.

La Corte, accogliendo il ricorso proposto dalla società locatrice, ha rilevato che, se nella fattispecie in esame il locatore non può opporsi alla sublocazione o alla cessione del contratto di locazione, unitamente alla cessione o locazione dell'azienda, allo stesso è concessa, ai fini di compensare tale posizione, di poter contare sul protrarsi della responsabilità del cedente per il pagamento del canone, nel caso di inadempimento del cessionario, salvo che egli stesso dichiari espressamente di liberarlo. Consegua da ciò che, in ipotesi di plurime cessioni a catena, caratterizzate ciascuna dalla dichiarazione di non liberazione dei distinti cedenti, viene a configurarsi tra tutti i cedenti intermedi del contratto stesso un vincolo di corresponsabilità, rispetto al quale deve ritenersi normalmente applicabile la regola generale della presunzione di solidarietà, in virtù della quale tutti i cedenti non liberati dal locatore risponderanno, in solido tra loro, dell'obbligazione inadempita dall'attuale conduttore.

8. Il mandato.

In tema occorre preliminarmente segnalare l'arresto con cui **Sez. 2, n. 00482/2019, Abete, Rv. 652053–01**, ha provveduto a delimitare il confine tra il contratto di mandato e quello di mediazione. In proposito si è affermato che è da ricondurre al mandato, e non, invece, ad una c.d. mediazione atipica unilaterale, il conferimento di un incarico per la ricerca di una persona interessata alla conclusione di un affare a determinate condizioni. Si richiede, in tal senso, il concorso di tre condizioni: il pagamento della provvigione deve essere svincolato dall'esito dell'operazione; l'attività demandata deve avere natura giuridica; occorre che sia insussistente il connotato dell'imparzialità. In questo caso l'incaricato ha l'obbligo, e non la facoltà, di attivarsi per la conclusione dell'affare e può pretendere il pagamento della provvigione dalla sola parte che gli ha attribuito l'incarico, senza necessità della sua iscrizione all'albo *ex* art. 2 l. n. 39 del 1989, restando indifferente l'effettiva conclusione dell'affare.

Nell'ambito della definizione degli obblighi gravanti sul mandatario, **Sez. 2, n. 20042/2019, Sabato, Rv. 654977–01**, ha chiarito che il rendiconto del mandatario può considerarsi tacitamente approvato dal mandante solo quando questi, dopo la presentazione, abbia tenuto un comportamento incompatibile con la volontà di contestarlo, volontà che comunque non è ravvisabile nel solo silenzio. Si tratta di

un apprezzamento di fatto anche riferito al rispetto degli obblighi di buona fede che compete esclusivamente al giudice del merito.

Sez. 3, n. 12250/2019, Sestini, Rv. 653779-01, ha consolidato il principio affermato da Sez. U, n. 24772/2008, Travaglino, Rv. 60482-01, sulla portata applicativa dell'art. 1705, comma 2, c.c. La disposizione secondo cui il mandante "può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato", in deroga alla regola generale per cui i terzi non hanno alcun rapporto col mandante, deve essere circoscritta all'esercizio dei diritti sostanziali acquistati dal mandatario, rimanendo escluse le azioni di annullamento, risoluzione, rescissione, risarcimento del danno.

Per i compensi del mandatario nella specifica ipotesi del mandato onorario svolto dal sindaco e dagli assessori **Sez. 3, n. 01557/2019, Gorgoni, Rv. 652473-01**, ha chiarito che, in applicazione dell'art. 1720 c.c., il loro diritto al rimborso, da parte dell'ente, delle spese legali sostenute per difendersi nell'ambito di un procedimento penale per fatti connessi all'incarico sorge a condizione che dette spese siano state sostenute in stretta dipendenza dall'adempimento degli obblighi connessi al mandato e rappresentino così il rischio inerente allo svolgimento dell'incarico.

Nell'ambito, invece, dei rapporti bancari, secondo **Sez. 1, n. 20640/2019, Scotti, Rv. 654950-01**, la banca, nell'accettare l'ordine di pagamento del cliente in favore del terzo, assume gli obblighi del mandatario. Essi ricomprendono non solo il diligente compimento degli atti per i quali il mandato stesso è stato conferito, ma anche degli atti preparatori e strumentali, nonché di quelli ulteriori che, dei primi, costituiscano il necessario complemento. In essi rientra, infine, anche il dovere di informare tempestivamente il mandante della eventuale mancanza o inidoneità dei documenti occorrenti all'esatto espletamento dell'incarico.

Per le altre pronunce intervenute in materia che coinvolgono aspetti di diritto internazionale privato si rinvia a Volume Secondo, Capitolo V, *Il riparto di giurisdizione tra giudice nazionale e giudice straniero*.

9. La mediazione.

Un'importante precisazione in ordine alla nozione di conclusione dell'affare, rilevante al fine del riconoscimento al mediatore del diritto alla provvigione, proviene da **Sez. 2, n. 30083/2019, Oliva, Rv. 656202 - 01**, che sancisce il definitivo superamento di un'incertezza interpretativa sorta in sede di legittimità. L'affare deve ritenersi concluso quando, tra le parti poste in relazione dal mediatore, si sia costituito un vincolo giuridico che abiliti ciascuna di esse ad agire per la esecuzione specifica del negozio, nelle forme di cui all'art. 2932 c.c., ovvero per il

risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento del risultato utile del negozio programmato.

Non sorge, viceversa, il diritto alla provvigione qualora tra le parti non sia stato concluso un "affare" in senso economico-giuridico, ma si sia soltanto costituito un vincolo idoneo a regolare le successive articolazioni del procedimento formativo dello stesso, come nel caso in cui sia stato stipulato un patto di opzione, idoneo a vincolare una parte soltanto, ovvero un cd. "preliminare di preliminare", costituente un contratto ad effetti esclusivamente obbligatori non assistito dall'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. in caso di inadempimento.

La pronuncia, che si allinea alla precedente Sez. 3, n. 24445/2011, Armano, Rv. 620623–01, ha precisato che tale ultimo negozio, pur essendo di per sé stesso valido ed efficace, ove sia configurabile un interesse delle parti meritevole di tutela alla formazione progressiva del contratto fondata sulla differenziazione dei contenuti negoziali delle varie fasi in cui si articola il procedimento formativo, non legittima, tuttavia, la parte non inadempiente ad esercitare gli strumenti di tutela finalizzati a realizzare, in forma specifica o per equivalente, l'oggetto finale del progetto negoziale abortito.

Sarà possibile, invero, soltanto invocare la responsabilità contrattuale della parte inadempiente per il risarcimento dell'autonomo danno derivante dalla violazione, contraria a buona fede, della specifica obbligazione endoprocedimentale contenuta nell'accordo interlocutorio. Si deve, dunque, ritenere superato il diverso orientamento espresso da Sez. 3, n. 13590/2004, Purcaro, Rv. 574761–01.

Quanto alla differenza tra il contratto di mandato e quello di c.d. mediazione atipica unilaterale, si rinvia al § 8, nel quale si è segnalata **Sez. 2, n. 00482/2019, Abete, Rv. 652053–01**.

La pronuncia costituisce un'importante precisazione a seguito della definizione di mediazione unilaterale fornita da Sez. U, n. 19161/2017, Petitti, Rv. 645138–01. L'arresto da ultimo citato aveva chiarito che essa è fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate, e che ricorre quando, volendo concludere un singolo affare, si incarichi altri di svolgere un'attività volta alla ricerca di una persona interessata alla sua conclusione a determinate e prestabilite condizioni. Quando, poi, l'affare abbia ad oggetto beni immobili o aziende, ovvero, con riguardo ad altre tipologie di beni, se comunque l'attività sia svolta in modo professionale e continuativo, essa resta soggetta all'obbligo di iscrizione all'albo previsto dall'art. 2 della l. 3 febbraio 1989, n. 39, con correlato diritto alla provvigione.

Avuto riguardo al diritto alla provvigione, sotto il profilo della sua insorgenza, **Sez. 2, n. 11776/2019, Giuseppe Grasso, Rv. 653807–01**, ha affermato, in continuità con Sez. 3, n. 06004/2007, Spirito, Rv. 595568–01, che esso sorge solo

quando le parti siano state messe in grado di conoscere l'opera di intermediazione svolta dal mediatore, grazie alla cui attività abbiano concluso l'affare, nonché di valutare l'opportunità o meno di avvalersi della relativa prestazione, soggiacendo ai conseguenti oneri.

Logica conseguenza è che, in tema di riparto dell'onere della prova, grava sul mediatore che voglia far valere in giudizio il diritto alla provvigione la dimostrazione di tale conoscenza.

La condizione posta da **Sez. 2, n. 04107/2019, Carrato, Rv. 652578–01**, per il sorgere del diritto alla provvigione risiede nell'assolvimento dell'obbligo da parte del mediatore di palesare tale sua qualità e la sua terzietà. Ove, viceversa, egli celi tale sua veste, presentandosi formalmente come mandatario di una delle parti (cd. "mediazione occulta"), egli non ha diritto alla provvigione e l'accertamento della relativa circostanza, demandato al giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato.

Nell'ambito dell'obbligo di diligenza posto a carico del mediatore a proposito della compravendita immobiliare, ulteriori chiarimenti sono stati forniti da **Sez. 2, n. 00965/2019, Tedesco, Rv. 652301–01**. Il mediatore, sia nell'ipotesi tipica in cui abbia agito in via autonoma, sia nell'ipotesi in cui si sia attivato su incarico delle parti, è tenuto, ai sensi dell'art. 1759 c.c., a riferire ai contraenti la circostanza, conosciuta o conoscibile con l'uso della diligenza da lui esigibile, relativa alla provenienza da donazione del titolo di acquisto del promittente alienante, in quanto afferente alla valutazione e alla sicurezza dell'affare.

Non è, invece, ricompreso, secondo **Sez. 6-3, n. 23422/2019, Scrima, Rv. 655122–01**, nella prestazione professionale del mediatore l'obbligo di accertare, in ossequio all'obbligo di comune diligenza *ex* art. 1176 c.c., previo esame dei registri immobiliari, la libertà del bene oggetto della trattativa da trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli.

Sulla stessa scia **Sez. 2, n. 29229/2019, Abete, Rv. 656185 - 01**, ha precisato che nella stipula di un preliminare di vendita il mediatore non è tenuto, in difetto di uno specifico incarico, a svolgere particolari indagini di natura tecnico-giuridica. La S.C. ha dato applicazione a detto principio in una fattispecie in cui l'immobile promesso in vendita era risultato edificato in assenza di concessione edilizia e la domanda di sanatoria allegata al titolo d'acquisto della promittente venditrice era stata falsificata, escludendo la responsabilità del mediatore sul presupposto che la falsificazione non fosse agevolmente riscontrabile.

E' possibile ritenere, quindi, in via di consolidamento l'orientamento espresso da **Sez. 2, n. 08849/2017, Falaschi, Rv. 643734–01**, e, viceversa, superata la diversa soluzione indicata da **Sez. 3, n. 16382/2009, Spagnamusso B., Rv. 609185–01**.

10. Il mutuo.

Una definizione in negativo del negozio di mutuo è stata fornita da **Sez. 1, n. 20896/2019, Dolmetta, Rv. 655022–01**, secondo cui non è riconducibile al mutuo ipotecario l'utilizzo di somme da parte di un istituto di credito per ripianare la pregressa esposizione debitoria del correntista, con contestuale costituzione in favore della banca di una garanzia reale. Questa costituisce un'operazione meramente contabile di dare ed avere sul conto corrente che determina di regola gli effetti del *pactum de non petendo ad tempus*, restando modificato soltanto il termine per l'adempimento, senza alcuna novazione dell'originaria obbligazione del correntista. Il mutuo, viceversa, presuppone sempre l'avvenuta consegna del denaro dal mutuante al mutuatario.

Con riguardo, invece, all'annosa questione dell'individuazione degli interessi usurari, **Sez. 1, n. 22380/2019, Falabella, Rv. 655288–01**, ha precisato che, una volta tenuto conto dei rischi e della garanzia prestata, deve ritenersi che il tasso soglia, fissato per il finanziamento a stati di avanzamento assistito da ipoteca, sia quello previsto *ratione temporis* per i mutui con garanzia reale. In caso di dubbio circa la riconducibilità dell'operazione all'una o all'altra delle categorie identificate con decreto ministeriale, cui si riferisce la rilevazione dei tassi effettivi globali medi, si devono individuare i profili di omogeneità che l'operazione stessa presenti rispetto alle diverse tipologie prese in considerazione dai detti decreti, attribuendo rilievo ai parametri normativi individuati dall'art. 2, comma 2, l. 7 marzo 1996, n. 108, ed apprezzando, in particolare, quelli tra essi che, sul piano logico, meglio connotino il finanziamento preso in esame ai fini della sua inclusione nell'una o nell'altra classe di operazioni.

Dal punto di vista del regime probatorio, **Sez. 1, n. 10507/2019, Solaini, Rv. 653570–01**, ha chiarito che nel mutuo fondiario, stipulato ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, l'onere della prova dell'erogazione della somma data a mutuo è assolto dall'istituto di credito mutuante mediante la produzione in giudizio dell'atto pubblico notarile di erogazione e quietanza. Sarà, poi, onere del debitore che si opponga all'azione esecutiva del creditore dare la prova della restituzione della somma mutuata e degli accessori ovvero di altre cause estintive dell'obbligazione restitutoria.

11. La transazione.

Lo strumento tipico di composizione delle liti è il processo, avendo, poi, il legislatore previsto, quando si verte in materia di diritti disponibili, la possibilità per le parti di comporre pattizamente, per mezzo della transazione, le liti senza ricorrere alla pronuncia del giudice. In ragione di quanto sopra, risulta evidente come l'istituto

in esame trovi applicazione in molti settori potendo avere i contenuti più svariati; si possono trasferire diritti, cedere crediti, estinguere obblighi. La causa di tale contratto deve individuarsi nella composizione di una lite già sorta o che può nascere, a fronte della quale le parti si fanno reciproche concessioni. Con riferimento ai caratteri della transazione sopra sommariamente tratteggiati, **Sez. 2 n. 08240/2019, Varrone, Rv. 653160-02**, nell'ambito di una controversia volta ad ottenere lo scioglimento di una comunione ereditaria in cui alcuni degli eredi eccepivano la già avvenuta divisione dei beni in base ad una scrittura privata, ha escluso, per quanto qui di interesse, che si fosse in presenza di una volontà transattiva. Osserva il Collegio che, con riferimento al criterio letterale, nella scrittura privata non si rinveniva alcuna espressione volta a manifestare la volontà di risolvere in via transattiva l'insorgere di future controversie aventi ad oggetto la divisione ereditaria e, tantomeno, si rinviene alcuna rinuncia a far valere i propri diritti, pur essendo, l'atto negoziale, di data antecedente al sorgere anche di una soltanto di tali circostanze. Quello che emergeva era la volontà di procedere alla divisione con una preliminare assegnazione dei beni oggetto della comunione in relazione alle personali aspettative, com'è naturale tra fratelli, senza alcuna animosità o litigiosità, avendo le parti anche omesso di effettuare una stima dei beni; risultando tale circostanza un ulteriore elemento che doveva indurre a ritenere mancante l'intento transattivo.

In ordine al rapporto tra transazione e procedimento giurisdizionale e, in particolare, con il giudicato, la **Sez. 6-3, n. 28170/2019, Rossetti, Rv. 655647 - 01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di interesse, nella parte in cui il ricorrente censurava la sentenza di merito che lo aveva condannato, dopo la stipula di una transazione con la quale la controparte aveva rinunciato ad esigere le spese di giudizio, al pagamento di queste ultime. Sul punto la Corte osserva che, in ragione della transazione suddetta, la pronuncia della Corte d'Appello in punto di regolazione delle spese di lite è insuscettibile di recare pregiudizio all'odierno ricorrente, il quale non ha quindi giuridico interesse, *ex art. 100 c.p.c.*, a rimuoverla. Osserva la Corte che il contenuto della transazione consisteva in un *pactum de non exequendo* (per le spese già liquidate) e *de non petendo* (per le spese da liquidare), patto che resta valido ed efficace anche dopo la pronuncia della sentenza d'appello. Infatti, se è vero che, in generale, la transazione non dedotta in giudizio è travolta dal giudicato, salva la facoltà per il transigente non inadempiente di proporre un'azione di adempimento in forma specifica degli obblighi assunti con la stessa transazione, è anche vero che tale principio riguarda l'ipotesi in cui la transazione abbia ad oggetto il diritto controverso. Nel caso di specie, diversamente, le parti si erano limitate a concordare che una rinunciasse alla domanda, e la seconda alle spese già maturate: si trattava, dunque, di un tipico *pactum de non petendo* o *de non exequendo*,

patto valido, anche se stipulato anteriormente alla sentenza di condanna, per effetto del quale le parti - come è loro facoltà - rinunciano ad avvalersi del futuro giudicato. Ne consegue che, per effetto di tale patto e della rinuncia preventiva in esso contenuta, la parte si è obbligata a non mettere in esecuzione la sentenza d'appello; e ciò priva il ricorrente di interesse all'accoglimento del ricorso.

Con altre due sentenze la Corte ha tratteggiato le differenze tra la transazione generale e speciale e tra quella novativa e conservativa. Con riferimento alla prima distinzione, dall'articolo 1975 c.c. si ricava che è generale la transazione che verte su di una pluralità di liti, mentre è speciale quella che verte su di un unico affare. Alla luce di tale previsione, **Sez. 1, n. 18219/2019, Scotti, Rv. 655325-01**, ha affermato che mediante la prima le parti in lite chiudono definitivamente ogni contestazione su tutti i loro pregressi rapporti, costituendo una nuova situazione, all'interno della quale non è necessario individuare una concessione in relazione ad ogni singola vicenda implicata nel contratto, potendo la concessione di ciascuna parte tradursi anche nel totale sacrificio di una sola posizione, relativa ad uno dei vari affari coinvolti nel compimento di interessi. Si ha, invece, transazione speciale quando l'accordo ha ad oggetto un affare determinato, producendo la stessa l'effetto preclusivo della lite limitatamente al solo affare transatto. **Sez. 1, n. 07194/2019, Scalia Rv. 653632 – 02**, ha, invece, affermato che, in materia di transazione novativa, è necessario che l'accordo raggiunto dalle parti disciplini per intero il nuovo rapporto negoziale, ricorrendo altrimenti una novazione conservativa, perché la novazione oggettiva si configura come un contratto estintivo e costitutivo di obbligazioni, caratterizzato dalla volontà di far sorgere un diverso rapporto obbligatorio in sostituzione di quello precedente, con nuove ed autonome situazioni giuridiche. Di tale contratto sono elementi essenziali, oltre ai soggetti e alla causa, *l'animus novandi*, consistente nella inequivoca, comune intenzione di entrambe le parti di estinguere l'originaria obbligazione, sostituendola con una nuova, e *l'aliquid novi*, inteso come mutamento sostanziale dell'oggetto della prestazione o del titolo del rapporto.

12. Il trasporto.

Con riferimento a tale tipo di contratto, nel 2019 assume rilevanza la pronuncia con la quale le Sezioni unite (**Sez. U, n. 18257/2019, Acierno, Rv. 654582 - 01**) hanno affrontato, con riferimento al contratto di trasporto aereo internazionale, la questione della giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento danni proposta da un passeggero. La fattispecie vedeva due passeggeri italiani proporre domanda di risarcimento dei danni nei confronti di una compagnia area extraeuropea per i disservizi conseguenti all'acquisto di due biglietti e, in particolare, alla cancellazione

del relativo volo e alla ritardata consegna dei bagagli. La compagnia di volo proponeva regolamento preventivo di giurisdizione, evidenziando la mancanza di un collegamento con la giurisdizione italiana del rapporto giuridico dedotto in giudizio, risultando l'Italia soltanto il luogo di nascita delle parti attrici, essendo stati i biglietti acquistati via internet sul sito principale della suddetta compagnia a Mosca, non essendo l'Italia nè il luogo dell'adempimento né quello dell'inadempimento lamentato. Sul punto l'art. 28 della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929, nel testo modificato dalla Convenzione di L'Aja del 28 settembre 1955, indicava quali criteri fondanti la giurisdizione, a scelta dell'attore, il luogo di partenza, quello di destinazione, quello del domicilio del vettore o della sede principale della sua attività o, infine, il luogo in cui esso possiede un'impresa che ha provveduto a stipulare il contratto.

La Corte, rilevata la novità della questione, ha osservato che la controversia era stata promossa da cittadini italiani e che il convenuto, sulla base del quale si radica, in via del tutto generale, nei rapporti civili e commerciali la competenza giurisdizionale, non apparteneva all'Unione Europea (art. 3, commi 1 e 2, l. n. 218 del 1995).

A fronte di tale disposizione, il Collegio ha esaminato se fosse possibile individuare criteri determinativi della giurisdizione diversi da quello generale sopraindicato, ed in virtù di quali fonti. In primo luogo, l'esame si è rivolto all'applicabilità, nella specie, del principio di prevalenza del diritto internazionale convenzionale rispetto a quello nazionale (anche se riguardante le norme di diritto internazionale privato), stabilito nell'art. 2 della l. n. 218 del 1995. Alla luce di tale principio, in via generale, i criteri di determinazione della giurisdizione contenuti nella legge interna di diritto internazionale privato sono destinati a recedere rispetto ad una disciplina convenzionale di diritto internazionale privato uniforme.

La Corte ha, sul punto, ritenuto applicabile anche la Convenzione di Montreal del 1999 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 12 del 2004), sia perchè in relazione di specialità rispetto alla parte del Regolamento Bruxelles 2 *bis* (n. 1215 del 2012) che ha ad oggetto i criteri determinativi della giurisdizione nelle materie civili e commerciali da esso regolato, sia perché lo stesso Regolamento contiene una disposizione (art. 17, par. 3) che esclude, in via espressa, la fattispecie contrattuale dedotta nel giudizio sottoposto all'esame dalla Corte. In particolare, il Collegio ha osservato che l'art 33 della Convenzione sopraindicata detta cinque criteri di determinazione della giurisdizione, rimessi alla scelta dell'attore. Quelli contenuti nel comma 1 riguardano il risarcimento dei danni, non conseguenti alla morte o alla lesione fisica del passeggero, cioè i danni da ritardi, disagi, o perdita o deterioramento dei bagagli. Quelli contenuti nel comma 2 riguardano, invece, i danni derivanti da morte o lesione del viaggiatore. In relazione ai criteri del primo

comma, applicabili alla fattispecie dedotta nel giudizio, la norma indica: il domicilio del vettore, da individuarsi nella sede principale della sua attività, il luogo di destinazione ed il luogo ove il vettore aereo posseda uno stabilimento a cura del quale il contratto è stato concluso. Nella sentenza in esame è stata, poi, evidenziata la necessità di adattare le suddette previsioni normative alla radicale modifica delle modalità di scambi commerciali intervenuta mediante le vendite e le transazioni *on line*, intendendosi lo spazio telematico come un "non luogo", con conseguente necessità di adattare i criteri di collegamento della giurisdizione fondati sulla localizzazione di un elemento fattuale di rilievo giuridico (il domicilio di una parte, il luogo di perfezionamento di un contratto o il luogo dove si possono ritenere sorte od essere eseguite le obbligazioni cui le parti sono vincolate etc.) all'attuale dematerializzazione del mercato degli scambi commerciali. Tale operazione ermeneutica non è disagevole con riferimento al criterio sopra delineato. Ed, invero, viene osservato che i vettori aerei si presentano sul mercato come operatori commerciali che si rivolgono ai fruitori della rete, da qualsiasi Paese siano connessi telematicamente alla rete stessa, senza che rilevi nè per le prime nè per i secondi la localizzazione o la provenienza geografica.

Sulla base di tali premesse, la Corte rileva che il quadro normativo di riferimento, per come riportato, si fa carico della strutturale posizione di squilibrio contrattuale tra le parti, anche per i danni non alla persona, introducendo un criterio determinativo della competenza giurisdizionale che tenga conto del luogo di perfezionamento del contratto. Pertanto, nel mutato quadro delle modalità di negoziazione delle prestazioni offerte dai vettori aerei, caratterizzati dalla pressoché integrale sostituzione del mercato *on line* a quello tradizionale che avveniva tendenzialmente mediante le agenzie di viaggio, la sentenza conclude affermando che, anche in relazione alle univoche indicazioni provenienti dal diritto dell'Unione Europea in tema di contratti asimmetrici, il criterio concorrente, contenuto nell'art. 33, comma 1, cit., in quanto ispirato al principio di prossimità, debba essere individuato, negli acquisti *on line* che abbiano le caratteristiche della cd. contrattazione diretta, nel luogo in cui l'acquirente del titolo di viaggio sia portato a conoscenza dell'accettazione della proposta formulata con l'invio telematico dell'ordine e, verosimilmente, del corrispettivo. Tale luogo «*non può che identificarsi con il domicilio dell'acquirente, trattandosi dell'unico indicatore fornito di un adeguato grado di determinazione e prevedibilità. Quest'ultimo requisito è, peraltro, posto a tutela anche del vettore aereo altrimenti esposto al rischio del forum shopping, ove al viaggiatore sia lasciata la possibilità d'indicare qualsiasi luogo dal quale, mediante i dispositivi telematici di cui eventualmente fruisce, possa venire a conoscenza dell'accettazione della proposta di acquisto*». Alla luce dell'iter argomentativo sopra riportato, le Sezioni unite hanno affermato il seguente principio di diritto «*In tema di trasporto aereo internazionale, la giurisdizione in ordine alla*

domanda di risarcimento dei danni, proposta da due passeggeri (nella specie, cittadini italiani) nei confronti di una compagnia aerea extraeuropea, a causa di disservizi conseguenti all'acquisto di titoli di viaggio avvenuto interamente "on line", può radicarsi nel domicilio degli acquirenti - quale luogo nel quale gli stessi siano venuti a conoscenza dell'accettazione della proposta formulata con l'invio telematico dell'ordine e del pagamento del corrispettivo - così dovendosi interpretare il criterio di collegamento, individuato dall'art. 33, comma 1, della Convenzione di Montreal del 1999 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 12 del 2004), del luogo ove è sito lo stabilimento del vettore che cura la conclusione del contratto, trattandosi di criterio concorrente con quelli del domicilio del vettore e del luogo di destinazione del viaggio».

13. La vendita: premessa.

Il contratto di vendita è stato oggetto di particolare approfondimento nel 2019 da parte della S.C., sia sotto il profilo delle diverse tipologie in cui si manifesta e con particolare riferimento alle questioni che ruotano attorno al contratto preliminare, sia soprattutto quanto all'ambito dell'applicazione dei rimedi previsti per fronteggiare lo squilibrio contrattuale nella fase successiva alla conclusione del contratto.

13.1. Il contratto preliminare di vendita.

In relazione a tale figura negoziale, sono molteplici gli interventi della S.C. che hanno contribuito a chiarire la natura e la portata di clausole, ma anche di prassi frequentissime nei rapporti tra privati.

A questo proposito **Sez. 2, n. 21650/2019, Giusti, Rv. 655209-01**, ha mantenuto una linea di continuità con un orientamento ormai risalente di legittimità, da ultimo espresso da Sez. 2, n. 24150/2007, Mazziotti Di Celso, Rv. 600678-01, in ordine ai criteri per distinguere il contratto preliminare dalla compravendita. Tali negozi si differenziano per il diverso contenuto della volontà dei contraenti, che è diretta, nel primo caso, a impegnare le parti a prestare, in un momento successivo, il loro consenso al trasferimento della proprietà e, nel secondo, ad attuare il trasferimento stesso, contestualmente o a decorrere da un momento successivo alla conclusione del contratto, senza necessità di ulteriori manifestazioni di volontà. La qualificazione del contratto come preliminare o definitivo, dunque, costituisce un accertamento di fatto, incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata e non inficiata da vizi logici o giuridici.

A questo proposito la pronuncia ha chiarito (**Sez. 2, n. 21650/2019, Giusti, Rv. 655209-02**) che, nel caso di vendita conclusa con scrittura privata, la successiva stipulazione, in forma di atto pubblico, di un contratto di vendita definitivamente concluso dalle parti mediante scrittura privata non è idonea a trasformare

quest'ultimo in una promessa bilaterale di futuro contratto. La successiva redazione dell'atto pubblico realizza, infatti, una funzione meramente riproduttiva degli estremi del negozio, al fine di potere adempiere al sistema di pubblicità previsto dalla legge.

Con riguardo a fenomeni particolarmente frequenti nella prassi, **Sez. 2, n. 26484/2019, Falaschi, Rv. 655674–01**, ha confermato l'indirizzo espresso a suo tempo da Sez. U, n. 04628/2015, D'Ascola, Rv. 634761–01, secondo cui la stipulazione di un contratto preliminare di preliminare, in virtù del quale le parti si obbligano a concludere un successivo contratto che preveda soltanto effetti obbligatori, ha natura atipica. La pronuncia è stata resa in relazione ad una compravendita immobiliare, ribadendosi che la sua validità ed efficacia è necessariamente subordinata alla presenza di un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto.

Ad avviso della S.C., infatti, la procedimentalizzazione delle fasi contrattuali non può essere considerata, di per sé, connotata da disvalore, se intesa a comporre un complesso di interessi che sono realmente alla base dell'operazione negoziale. In questa ipotesi la violazione di un siffatto accordo, attesa la contrarietà a buona fede, è idonea a fondare una responsabilità contrattuale da inadempimento di una specifica obbligazione sorta nella fase precontrattuale.

La S.C. ha in proposito, altresì, precisato che, ove la contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve innanzitutto verificare se quest'ultimo costituisca già esso stesso un contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti *ex artt.* 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori, ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento (**Sez. 2, n. 31188/2019, Giannaccari, Rv. 656194 - 01**).

Con riferimento all'ipotesi di versamento della caparra confirmatoria da parte del promissario acquirente e di successiva dichiarazione di nullità del preliminare accertata con sentenza passata in giudicato, **Sez. 6 - 3, n. 23409/2019, Scoditti, Rv. 655121–01**, ha affermato il diritto del promissario acquirente alla restituzione della caparra stessa. La caducazione del titolo con effetto retroattivo priva, infatti, di causa il versamento della caparra. La pronuncia ha chiarito in motivazione anche che l'opposizione in compensazione del credito derivante da detta dazione non è preclusa dal giudicato.

In tema di beni in comunione, **Sez. 6 - 2, n. 05125/2019, Cosentino, Rv. 652796–01**, ha confermato il principio già espresso da Sez. 2, n. 06162 del 2006, Migliucci, Rv. 587053–01, secondo cui la promessa di vendita di un bene oggetto di comunione, considerato dalle parti come un *unicum* inscindibile, ha, come suo

contenuto, un'obbligazione indivisibile, così che l'adempimento e l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre *ex art.* 2932 c.c. devono essere richiesti nei confronti di tutti i promittenti venditori. Si realizza, infatti, nella specie, un'ipotesi di litisconsorzio necessario, posto che gli effetti del contratto non concluso si producono nei riguardi di tutti i soggetti del preliminare.

Da diversa angolazione, ma restando in tema, secondo **Sez. 3, n. 06727/2019, Guizzi, Rv. 653252-01**, in caso di stipulazione di un contratto preliminare di preliminare, avente ad oggetto la vendita di un bene in comunione *pro indiviso*, sussistono i presupposti dell'obbligazione solidale passiva. Ne consegue che la domanda di risarcimento del danno per inadempimento può essere proposta dal promissario acquirente nei confronti anche di uno solo dei comproprietari, non ricorrendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario. La pronuncia ha confermato la sentenza di merito, che aveva escluso la sussistenza del litisconsorzio necessario con riferimento alla domanda risarcitoria proposta dai promissari acquirenti nei confronti di uno solo dei comproprietari dell'immobile, il quale aveva concluso il relativo contratto preliminare di preliminare sia in proprio, sia quale rappresentante degli altri comproprietari, in forza di procura speciale da questi ultimi ricevuta.

Occorre segnalare, poi, in tema di preliminare di vendita di immobile irregolare dal punto di vista urbanistico, **Sez. 2, n. 06685/2019, Federico, Rv. 652938-01**, secondo cui la sanzione della nullità prevista dall'art. 40 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, per i negozi relativi ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria trova applicazione con riguardo ai soli contratti con effetti traslativi e non anche a quelli con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita. Il principio è affermato in ragione del tenore letterale della norma, ma anche perché la dichiarazione di cui all'art. 40, comma 2, della medesima legge, in caso di immobili edificati anteriormente all'1 settembre 1967, o il rilascio della concessione in sanatoria possono intervenire successivamente al contratto preliminare. La rilevante conseguenza che ne deriva è che resta esclusa la sanzione di nullità per il successivo contratto definitivo di vendita, potendosi anche far luogo alla pronuncia di sentenza *ex art.* 2932 c.c.

La pronuncia si pone in linea con Sez. 3, n.21942/2017, Ambrosi, Rv. 645504-01, e con Sez. 3, n. 28456/2013, Chiarini, Rv. 629136-01. Può, dunque, ritenersi superato il difforme orientamento espresso da Sez. 2, n. 23591/2013, Parziale, Rv. 628025-01, secondo cui l'invalidità sancita dalle suddette disposizioni, pur riferita agli atti di trasferimento a efficacia reale, si doveva estendere anche al contratto preliminare, sul rilievo che quest'ultimo ha ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa.

Con **Sez. 2, n. 20439/2019, Varrone, Rv. 654890-01**, si consolida, altresì, quanto a suo tempo affermato da Sez. 2, n. 12923/2012, Proto, Rv. 623429-01, in

tema di contratto preliminare di vendita di bene immobile rientrante nella comunione legale. In particolare, per l'esecuzione in forma specifica, *ex art.* 2932 c.c., di un preliminare di vendita di un bene immobile rientrante nella comunione legale dei coniugi è sufficiente il consenso del coniuge non stipulante. La mancanza di detto consenso integra un vizio di annullabilità, da far valere, ai sensi dell'art. 184 c.c., nel rispetto del principio generale della buona fede e dell'affidamento, entro il termine di un anno, decorrente dalla conoscenza dell'atto o dalla trascrizione.

Per l'ipotesi, abbastanza frequente nella pratica, di c.d. vendita immobiliare alternativa o di genere limitato, con la quale le parti concordano il trasferimento di un'estensione a stralciarsi da un'entità maggiore, **Sez. 2, n. 28489/2019, Carbone, Rv. 655691-01**, ha effettuato una precisazione sull'epoca di produzione degli effetti reali: essi si realizzano solo con la concreta individuazione del bene trasferito. Ne deriva che, ove si tratti di preliminare, questo si configura come negozio preparatorio di un contratto ad effetti obbligatori. La questione, poi, relativa all'identificazione della parte cui spetta il diritto di specificazione mediante le operazioni di frazionamento attiene all'attività di interpretazione della comune volontà dei contraenti.

Su un diverso versante, anch'esso di uso molto frequente, **Sez. 2, n. 23215/2019, Picaroni, Rv. 655245-01**, ha qualificato come contratto a favore del terzo un preliminare di vendita "aperto", successivamente integrato con una scrittura privata tra i promissari acquirenti, contenente la nomina del soggetto destinato ad acquistare la nuda proprietà del bene, comunicata ai promittenti venditori ed accettata dalla persona designata.

La pronuncia ha colto l'occasione per ribadire che il contratto per persona da nominare dà luogo ad una parziale indeterminatezza soggettiva ovvero ad una fattispecie di contratto a soggetto alternativo, in quanto la nomina del terzo è solo eventuale e rappresenta l'esercizio di una facoltà della parte che tale nomina si è riservata. Logico corollario è che, in caso di nomina mancata, invalida o intempestiva, il contratto produce i suoi effetti fra i contraenti originari. Nel contratto a favore del terzo, viceversa, il beneficiario deve essere sempre determinato o determinabile, perché il contratto produrrà effetti nei confronti di quest'ultimo, salvo che non intervengano la revoca della stipulazione o il rifiuto di profittarne. In tal senso la sentenza si pone in linea di continuità con il consolidato orientamento di legittimità da ultimo espresso da Sez. 3, n. 10403/2002, Sabatini, Rv. 555871-01.

In proposito **Sez. 2, n. 21576/2019, Scarpa, Rv. 654900-02**, ha confermato che la clausola del preliminare con la quale si preveda che lo stipulante si obblighi per sé o per persona da nominare può comportare la configurabilità, sia in ordine allo stesso preliminare che con riferimento al contratto definitivo, tanto di una

cessione del contratto, *ex art* 1406 e ss. c.c., con il preventivo consenso della cessione a norma dell'*art* 1407 c.c., quanto di un contratto per persona da nominare *ex art*. 1401 c.c.

Detta clausola può anche portare a configurare il preliminare in termini di contratto a favore del terzo, mediante la facoltà a tale scopo concessa al promissario fino alla stipulazione del definitivo.

La pronuncia ha colto l'occasione per precisare che tale pluralità di configurazioni giuridiche in relazione al regolamento dell'intervento di terzi nella fattispecie contrattuale, sia preliminare ovvero definitiva, va correlata necessariamente al contenuto effettivo della volontà delle parti contraenti, che l'interprete deve ricercare in concreto. Si tratta, dunque, di un accertamento in fatto rimesso al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità, se condotto alla stregua dei criteri dettati dagli artt. 1362 e ss. c.c. e sorretto da motivazione immune da vizi logico-giuridici. Nello stesso senso si era espressa Sez. 2, n. 14105/2012, Scalisi, Rv. 623615–01.

Costituisce abuso del diritto e non può essere accolta, ad avviso di **Sez. 2, n. 30555/2019, Criscuolo, Rv. 656208 – 01**, la proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della garanzia accessoria *ex art*. 2 del d.lgs. del 20 giugno 2005 n. 122, una volta che questa sia stata rilasciata in data successiva alla stipula del preliminare, e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente alla cui tutela è preposta la nullità di protezione prevista dalla norma in esame.

Restando nell'ambito delle ipotesi di nullità del contratto preliminare, **Sez. 2, n. 30984/2019, Oricchio, Rv. 656193 - 01**, ha precisato che la nullità *ex art*. 164, comma 1, d.lgs. del 22 gennaio 2004, n. 42, prevista per il caso di vendita di un bene culturale in difetto dell'autorizzazione di cui all'*art*. 56 del medesimo d.lgs., è relativa e non concerne i contratti preliminari che riguardino la compravendita tali beni, per la cui stipulazione non è prevista alcuna sanzione. L'unico soggetto legittimato a farla valere è, infatti, il Ministero competente al rilascio di detta autorizzazione.

Con riguardo al sistema tavolare, **Sez. 3, n. 15879/2019, Sestini, Rv. 654297–01**, ha precisato che l'effetto prenotativo dell'annotazione del contratto preliminare di compravendita immobiliare, previsto dall'*art*. 12 r.d. 28 marzo 1929, n. 499, così come modificato dall'*art*. 3, comma 8, d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, conv. in l. 28 febbraio 1997, n. 30, viene meno in caso di accoglimento della domanda di simulazione assoluta del medesimo preliminare, anch'essa annotata agli effetti dell'*art*. 2645 *bis* c.c. Logico corollario è che le ipoteche "prenotate" dopo l'annotazione del preliminare, ma anteriormente all'intavolazione del contratto definitivo, risultano prevalenti rispetto a quest'ultimo.

Per altre analisi delle pronunce di legittimità rese nel corso dell'anno su ulteriori profili del contratto preliminare si rinvia al cap. VIII, § 7.

13.2. Le diverse specie di vendita.

Il tema dell'individuazione del momento in cui si producono gli effetti traslativi è stato approfondito anche da **Sez. 2, n. 26803/2019, Tedesco, Rv. 655657-01**, intervenuta in materia di vendita di cosa altrui. Ove il negozio sia stato stipulato con scrittura privata non autenticata, l'ulteriore atto preordinato al compimento delle formalità immobiliari ed alla pubblicità nei confronti dei terzi, costituendo una riproduzione meramente formale dell'accordo già concluso, non incide sul momento di produzione dell'effetto reale, destinato a realizzarsi automaticamente a seguito dell'acquisto della cosa da parte del venditore in forza del contratto originario.

In tal caso, pertanto, le iscrizioni ipotecarie intervenute contro il venditore nelle more della trascrizione della scrittura privata prevalgono rispetto al diritto dell'acquirente, anche se di data successiva rispetto al suo acquisto. Ne consegue che quest'ultimo, venendosi a trovare in una condizione assimilabile a quella del terzo acquirente di immobile ipotecato, agli effetti dell'azione di risarcimento dei danni, dovrà dimostrare di avere effettivamente tenuto una delle condotte di cui all'art. 2858 c.c. A questo proposito la pronuncia ha precisato che occorre distinguere tra pericolo di danno e pericolo che determina un danno attuale, come nel caso di impossibilità o di ritardo nel rivendere il bene a terzi, atteso che solo quest'ultimo gode di tutela risarcitoria.

Con riguardo, invece, al contratto di vendita di un bene in comunione nel quale compratore e venditore abbiano considerato l'immobile come un *unicum* inscindibile, **Sez. 2, n. 02701/2019, Scarpa, Rv. 652355-01**, conferma quanto affermato da Sez. 2, n. 04965/2004, Trombetta, Rv. 570980-01, secondo cui, ove la stipula sia stata effettuata da uno solo dei comproprietari, il contratto, è, comunque, valido, risultando, secondo i principi generali che regolano il regime giuridico della comunione *pro indiviso*, meramente inopponibile al comproprietario che non abbia preso parte all'atto. Ciò in applicazione del principio generale della libera disponibilità della quota ideale che regola tale regime di comunione.

13.3. La vendita di beni immobili.

Nella materia dei contratti di diritto privato relativi allo sfruttamento di cave, **Sez. 2, n. 26878/2019, Dongiacomo, Rv. 655663-01**, ha confermato i principi espressi in epoca più risalente da Sez. 1, n. 09785/1995, Marziale, Rv. 494043-01, secondo cui essi possono assumere configurazioni giuridiche diverse, a seconda

dell'intenzione dei contraenti. Nello specifico possono integrare: a) una vendita immobiliare, quando il negozio abbia ad oggetto il giacimento nella sua complessiva stratificazione intesa in unità di superficie e di volume e ne sia previsto il completo trasferimento per un prezzo commisurato al volume dell'intera cava; b) una vendita mobiliare, se le parti abbiano invece considerato il prodotto dell'estrazione, ragguagliato a peso o a misura; c) un contratto riconducibile nello schema dell'affitto di bene produttivo, quando l'intenzione dei contraenti sia invece finalizzata allo scopo di consentire il godimento (sfruttamento) temporaneo del bene secondo la sua destinazione.

Con riguardo, invece, alla vendita di immobili, in particolare delle aree di parcheggio, **Sez. 2, n. 02265/2019, Criscuolo, Rv. 652351-01**, ha confermato che l'art.12, comma 9, l. 28 novembre 2005, n. 246, che ha modificato l'art. 41 *sexies* della l. 17 agosto 1942, n. 1150, in base al quale gli spazi per parcheggio possono essere trasferiti in modo autonomo rispetto alle altre unità immobiliari, riguarda le sole costruzioni non realizzate e quelle per le quali, al momento della sua entrata in vigore, non erano ancora stati stipulati gli atti di vendita di tali unità immobiliari. Da un lato, infatti, la disposizione non ha natura imperativa, né effetto retroattivo, atteso che si tratta di disposizione non interpretativa, non essendovi incertezza in ordine all'applicazione della normativa precedente; dall'altro, le leggi che modificano il modo di acquisto dei diritti reali o il contenuto degli stessi non incidono sulle situazioni maturate prima della loro entrata in vigore. Nello stesso senso si richiamano Sez. 6 - 2, n. 09090/2012, Bertuzzi, Rv. 622653-01, e Sez. 2, n. 21003/2008, San Giorgio, Rv. 605247-01, che effettua un'ampia ricognizione delle varie tipologie di aree di parcheggio in relazione alle diverse disposizioni normative nel tempo introdotte.

La pronuncia (**Sez. 2, n. 02265/2019, Criscuolo, Rv. 652351-03**) ha, inoltre, confermato che, ove sia stata realizzata la vendita con riserva di proprietà dell'area destinata a parcheggio, si determina la nullità parziale del contratto, con conseguente applicabilità dell'art. 1419 c.c. La suddetta clausola viene, quindi, automaticamente sostituita di diritto con la norma imperativa che sancisce il proporzionale trasferimento del diritto d'uso a favore dell'acquirente di unità immobiliari comprese nell'edificio.

Il diritto dell'alienante al corrispettivo del diritto d'uso sull'area non sorge, tuttavia, dalla menzionata norma imperativa, postulando necessariamente la proposizione di un'apposita domanda, in virtù del principio dispositivo. Il predetto diritto, infatti, costituisce l'effetto dell'atto di autonomia privata concluso dall'acquirente delle singole unità immobiliari col costruttore-venditore e serve ad integrare l'originario prezzo della compravendita, ordinariamente riferito solo alle singole unità immobiliari menzionate nel contratto.

Ai fini della quantificazione, fermo il rispetto delle particolari caratteristiche di detto diritto, relative alla limitazione legale del diritto di proprietà dell'area, derivante dal vincolo di destinazione impressale dalla norma imperativa, la S.C. ha ribadito che il prezzo è assoggettato alle regole del mercato.

In difetto di pattuizione, si dovrà presumere che il prezzo normalmente praticato dall'alienante, *ex art.* 1474, comma 1, c.c., corrisponda a quello di mercato. Tali principi si correlano a quanto enunciato da Sez. 2, n. 05160/2006, Napoletano, Rv. 587182–01.

In un diverso ambito, **Sez. 6 - 2, n. 12731/2019, Falaschi, Rv. 653850–01**, ha chiarito la portata della definizione delle pertinenze cd. urbane. In specie, ai fini della sussistenza del vincolo pertinenziale, avuto riguardo ai beni mobili posti ad ornamento di edifici, è necessaria la presenza del requisito oggettivo relativo all'idoneità del bene a svolgere la funzione di servizio od ornamento rispetto ad un altro, che lo pone in collegamento funzionale o strumentale con questo, nonché del requisito soggettivo dell'effettiva volontà dell'avente diritto di destinare durevolmente il bene accessorio a servizio od ornamento del bene principale. Ne consegue che, di regola, deve essere esclusa la natura di pertinenza delle suppellettili, degli arredi e dei mobili che riguardino esclusivamente la persona del titolare del diritto reale sulla cosa principale e non la cosa in sé considerata.

13.4. Rimedi allo squilibrio del sinallagma contrattuale.

Il tema ha impegnato fortemente la S.C. nel corso dell'intero anno, non solo per ribadire principi consolidati, ma anche per chiarire incertezze interpretative formatesi negli ultimi anni.

Sotto il profilo delle condizioni richieste ai fini dell'operare della garanzia per evizione, **Sez. 2, n. 07670/2019, Tedesco, Rv. 653026–01**, ha ribadito che presupposto necessario è che il compratore, dopo la stipula del contratto, sia stato privato, in tutto o in parte, della proprietà del bene acquistato, a seguito dell'esito vittorioso dell'azione di rivendica esercitata da un terzo. Nello stesso senso **Sez. 2, n. 07024/2019, Federico, Rv. 653287–01**, in conformità con quanto affermato da Sez. 2, n. 08574/2005, Bognanni, Rv. 581269–01.

Logico corollario è che l'esperimento, ad opera di un terzo, dell'azione di regolamento di confini, non comportando la risoluzione di un contrasto sui titoli di proprietà, ma solo sulla sua estensione, non consente di far valere la garanzia per evizione.

Il diritto del compratore di sospendere, ai sensi dell'art. 1481 c.c., il pagamento del prezzo o di pretendere idonea garanzia, quando abbia ragione di temere che la

cosa possa essere rivendicata da terzi, presuppone che il pericolo di evizione sia effettivo e cioè non meramente presuntivo o putativo.

Esso non sorge, dunque, a fronte di un mero timore soggettivo che l'evizione possa verificarsi, ma, anche ove si abbia conoscenza che il bene appartenga ad altri, è necessario che emerga da elementi obiettivi o, comunque, da indizi concreti che il vero proprietario abbia intenzione di rivendicarlo in modo non apparentemente infondato.

Ne consegue che il semplice fatto che un immobile provenga da donazione e possa essere teoricamente oggetto di una futura azione di riduzione per lesione di legittima esclude di per sé che esista un rischio effettivo di rivendica e che il compratore possa sospendere il pagamento o pretendere la prestazione di una garanzia.

Restando in tema di garanzia per evizione, **Sez. 2, n. 26627/2019, Picaroni, Rv. 655653-01**, ha confermato il principio, da ultimo espresso da Sez. 2, n. 23818/2012, Scrima, Rv. 624665-01, per cui il vittorioso esperimento dell'*actio negatoria servitutis*, quando lo stato di fatto lesivo a danno di terzi preesisteva alla vendita, legittima il compratore all'esercizio delle azioni previste dagli artt. 1484 e 1489 c.c., che costituiscono entrambi rimedi allo squilibrio del sinallagma funzionale del contratto di compravendita, allorquando al prezzo corrisponde una cosa inferiore o per quantità o per qualità a quella venduta.

Risulta poi ribadito da **Sez. 2, n. 22087/2019, Picaroni, Rv. 655214-01**, che l'obbligazione del venditore di restituire parte del prezzo, conseguente all'accoglimento dell'*actio quanti minoris* prevista dall'art. 1480 c.c., ha natura di rimborso a favore dell'acquirente e, in sé, non inerisce ad un'obbligazione risarcitoria. Essa, infatti, nasce dal venir meno, per effetto dell'accertamento della parziale alienità della cosa, della causa dell'obbligazione di pagamento dell'intero prezzo. Nello stesso senso si era espressa Sez. 2, n. 02060/2013, Giusti, Rv. 624942-01, la quale aveva precisato la sua natura di debito di valuta e non di debito di valore.

In relazione alle condizioni ed ai termini per fare valere la garanzia per i vizi della cosa venduta ed al loro contemperamento con le esigenze di certezza presidiate dalle regole della prescrizione, è stato confermato da **Sez. 2, n. 16766/2019, Abete, Rv. 654550-03**, che l'art. 1495, comma 3, c.c., ove dispone che l'azione di garanzia per vizi della cosa venduta si prescrive "in ogni caso" in un anno dalla consegna, intende far decorrere quel termine anche se il compratore non abbia scoperto il vizio, ma non sottrarre il termine medesimo alle cause di interruzione di cui agli artt. 2943 e ss. c.c.

Ne consegue che la prescrizione annuale (nella specie, con riferimento all'azione risarcitoria) deve ritenersi interrotta, a norma dell'art. 2944 c.c., per effetto del riconoscimento, da parte del venditore, del diritto del compratore alla garanzia. La

pronuncia si inserisce in un consolidato e risalente orientamento più volte espresso in sede di legittimità (*ex multis*, Sez. 2, n. 02322/1977, Pierantoni, Rv. 38602–01, Sez. 2, n. 01384/1981, Rebuffat, Rv. 412016–01, quest’ultima resa in riferimento alla proposizione di un procedimento di istruzione tecnica preventiva).

In tale ambito, **Sez. U, n. 18672/2019, Carrato, Rv. 654588–01**, ha risposto alla questione di massima di particolare importanza sull’aspetto se siano configurabili atti idonei ad interrompere la prescrizione prevista dall’art. 1495, comma 3, c.c., ai sensi dell’art. 2943 c.c. e ss., diversi dalla proposizione dell’azione giudiziale e se, ed in quale misura, essi inibiscano il decorso della prescrizione in relazione alle azioni edilizie. In particolare, è stato affermato che le manifestazioni extragiudiziali di volontà del compratore, compiute nelle forme di cui all’art. 1219, comma 1, c.c., costituiscono, ai sensi dell’art. 2943, comma 4, c.c., atti idonei ad interrompere la prescrizione dell’azione di garanzia per vizi, con l’effetto di determinare l’inizio di un nuovo periodo di prescrizione, ai sensi dell’art. 2945, comma 1, c.c.

La soluzione della questione ha imposto a monte la risoluzione del quesito sulla natura giuridica della garanzia per i vizi e del più ampio rapporto tra le categorie generali della “garanzia”, da un lato, e delle situazioni giuridiche, dall’altro. A tal fine la pronuncia ha richiamato l’inquadramento operato da **Sez. U, 11748/2019, Cosentino, Rv. 653791–01**, che si richiamerà più avanti in tema di ripartizione dell’onere probatorio.

La garanzia per i vizi costituisce, dunque, una forma di responsabilità contrattuale per inadempimento che deriva dall’inesatta esecuzione del contratto. Tale responsabilità prescinde da ogni elemento di colpevolezza, poggiandosi solo sul dato oggettivo dell’esistenza di vizi e traducendosi, poi, nella conseguente assunzione del rischio da parte del venditore di esporsi all’esercizio dei due rimedi cd. edilizi di cui può avvalersi il compratore, ai sensi dell’art. 1492 c.c., ovvero l’azione per la risoluzione del contratto o per la riduzione del prezzo.

Sotto un diverso profilo, **Sez. 2, n. 04826/2019, Federico, Rv. 652693–01**, ha precisato in tema di compravendita immobiliare che la consegna del bene, dalla quale decorre il termine annuale di prescrizione *ex art.* 1495 c.c. per fare valere la garanzia per vizi della cosa, ai sensi dell’art. 1490 c.c., è quella effettiva e materiale, che pone il compratore a diretto contatto con il bene medesimo. In tal senso sono irrilevanti la data del successivo rilascio della documentazione di abitabilità e della formale comunicazione di fine lavori, nonché la necessità di effettuare meri lavori di rifinitura esterni.

Con riguardo, invece, al contenuto della denuncia, in linea con quanto già affermato da Sez. 2, n.25027/2015, Nuzzo, Rv. 637661–01, si è ribadito che, al fine di conservare il diritto alla garanzia, *ex art.* 1495 c.c., l’acquirente non è tenuto a fare,

nel termine stabilito, una denuncia analitica e specifica, con precisa indicazione dei vizi che presenta la cosa. E' da ritenere, comunque, valida una denuncia generica e sommaria, che valga a mettere sull'avviso il venditore, salvo a chiarire in un secondo tempo la natura e la entità dei vizi riscontrati (**Sez. 2, n. 27488/2019, Lombardo, Rv. 655678-01**).

Un'ulteriore precisazione, invece, in tema di rinuncia tacita all'eccezione di decadenza per tardiva denuncia del vizio, è stata effettuata da **Sez. 2, n. 21239/2019, Carrato, Rv. 655201-02**, secondo cui essa deve escludersi quando il giudice di merito accerti incensurabilmente che l'eccezione di decadenza sia stata proposta non in concorrenza con altre eccezioni con essa del tutto incompatibili, ma preliminarmente alle altre difese di merito. Il principio afferma, dunque, la prevalenza di tale accertamento sulla regola che non impone un vincolo di forma a tale rinuncia, ammettendone anche la forma tacita ovvero desumibile da fatti concludenti. Il principio era stato espresso tempo addietro da Sez. 3, n. 03929/1968, Poddighe, Rv. 337457-01.

Nell'ambito della categoria di elaborazione giurisprudenziale dell'*alium pro alio datum*, che ricorre quando vi è diversità qualitativa tra la cosa consegnata e quella pattuita, ovvero in ipotesi di particolare gravità **Sez. 2, n. 23265/2019, Bellini, Rv. 655249-01**, ha ribadito quanto già in epoca risalente affermato da Sez. 2, n. 01514/2006, Trombetta, Rv. 586498-01, secondo cui, nella vendita di immobile destinato ad abitazione, il certificato di abitabilità costituisce requisito giuridico essenziale del bene compravenduto, poiché vale a incidere sull'attitudine del bene stesso ad assolvere la sua funzione economico - sociale, assicurandone il legittimo godimento e la commerciabilità. Il mancato rilascio della licenza di abitabilità integra, dunque, un inadempimento del venditore per consegna di *aliud pro alio*, adducibile da parte del compratore in via di eccezione, ai sensi dell'art. 1460 c.c., come fonte di pretesa risarcitoria per la ridotta commerciabilità del bene, a meno che egli non abbia espressamente rinunciato al requisito dell'abitabilità o esonerato comunque il venditore dall'obbligo di ottenere la relativa licenza.

In tale quadro è stato altresì confermato da **Sez. 3, n. 25418/2019, Cigna, Rv. 655178-01**, che l'inadempimento dell'obbligo, gravante sul venditore-costruttore, di consegnare all'acquirente il certificato di abitabilità è *ex se* foriero di danno emergente, per il minor valore di scambio del bene che da ciò consegue. Detto danno, ove accertato nell'*an*, è suscettibile di essere liquidato dal giudice in via equitativa, essendo obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, provarne il preciso ammontare. Il principio riprende l'orientamento espresso da ultimo da Sez. 2, n. 23157/2013, Manna, Rv. 628294-01.

Con riguardo all'ambito ed ai limiti di accertamento giudiziale in materia, **Sez. 1, n. 23721/2019, Federico, Rv. 655343-01**, ha ribadito quanto da tempo

affermato da Sez. 3, n. 00120/1967, Abenavoli, Rv. 325801–01, che il giudice davanti al quale è stata proposta l'azione fondata sulla garanzia per vizi ha il potere-dovere di accertare non solo se sussistano i vizi lamentati, ma anche se questi siano facilmente riconoscibili. La riconoscibilità del vizio, infatti, è un elemento costitutivo del diritto di credito azionato, come tale rilevabile d'ufficio, e non un'eccezione proponibile soltanto dalla parte interessata.

E' stato, poi, consolidato da **Sez. 2, n. 11959/2019, Cosentino, Rv. 654075–01**, il principio secondo cui l'accertamento, ad opera del giudice del merito, tanto dell'esistenza, in concreto, dei vizi della cosa venduta, quanto del loro riconoscimento da parte del venditore costituisce un apprezzamento di fatto, incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata ed immune da errori sul piano logico e giuridico. Nel medesimo senso già Sez. 2, n. 10288/2002, Del Core, Rv. 555793–01.

Un altro arresto molto importante è quello di **Sez. U, n. 11748/2019, Cosentino, Rv. 653791–01**, in tema di riparto degli oneri probatori sempre nella materia di garanzia per i vizi della cosa venduta. Dopo un periodo di incertezze interpretative, finalmente la pronuncia chiarisce che l'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi è a carico del compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'articolo 1492 c.c.

La questione di massima di particolare importanza si è posta dopo che Sez. U, n. 13533/2001, Preden, Rv. 549956–01, aveva unificato la disciplina dell'onere probatorio in tema di inadempimento nelle azioni di adempimento contrattuale, di risoluzione contrattuale e di risarcimento del danno da inadempimento.

La pronuncia di quest'anno ha chiarito che la disciplina della compravendita non pone a carico del venditore alcun obbligo di prestazione relativa all'immunità della cosa da vizi. A tale obbligo, previsto dall'art. 1476, comma 1, n. 3, c.c., non corrisponde alcun dovere di comportamento del venditore in funzione del soddisfacimento dell'interesse del compratore.

Questo principio evidenzia, dunque, una significativa differenza rispetto a quanto ordinariamente accade nello schema proprio delle obbligazioni. La garanzia per i vizi non costituisce, pertanto, un dovere di prestazione ed il disposto di cui all'art. 1476 c.c., nella parte in cui fa rientrare i vizi nell'oggetto dell'obbligazione, deve essere intesa nel senso che il venditore è legalmente assoggettato ai rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa, ovvero all'azione del compratore per la modifica o la caducazione del contratto di vendita, attraverso l'*actio quanti minoris* o l'*actio redibitoria*. In tal senso la pronuncia si pone nel solco tracciato da Sez. U, n. 19702/2012, Bucciante, Rv. 624019–01.

In motivazione, poi, si precisa che in ogni caso la consegna della cosa viziata integra un inadempimento, nei termini di responsabilità contrattuale speciale,

interamente regolata dalle norme previste per la vendita. In tale quadro, la garanzia per i vizi si pone a tutela della violazione della *lex contractus* dovuta all'imperfetta attuazione del risultato traslativo, perché, in particolare, legata alla presenza di vizi che rendono la cosa venduta inidonea all'uso o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore.

Tale responsabilità prescinde dalla colpa del venditore e si traduce nella soggezione del venditore ai due rimedi cc.dd. edilizi cui sopra si è fatto cenno, di cui all'art. 1490 c.c., oltre al diritto al risarcimento del danno, salvo che il venditore dimostri di avere ignorato detti vizi senza colpa.

In applicazione analogica dell'art. 1481 c.c., **Sez. 2, n. 31314/2019, Carbone, Rv. 655846-01**, ha ritenuto che, in tema di preliminare di compravendita, il promissario acquirente può rifiutarsi di addivenire alla stipula del definitivo, qualora sussista un pericolo concreto ed attuale di evizione del bene promesso, anche se tale pericolo non sia stato determinato da colpa del promittente venditore, essendo l'estremo della colpevolezza necessario unicamente per la responsabilità da inadempimento. In tal senso è stata data continuità a quanto affermato da Sez. 2, n. 24340/2011, *Matera*, Rv. 619708-01.

Sulla scia dei principi ora esposti, **Sez. 2, n. 16766/2019, Abete, Rv. 654550-01**, ha posto sul compratore l'onere della prova in ordine alla tempestività della denuncia dei vizi della cosa, precisando che l'accertamento del giudice di merito circa tale tempestività è incensurabile in sede di legittimità, sempre che la motivazione su questo punto non sia inficiata dai difetti previsti dall'art. 360, n. 5, c.p.c.

Sotto una diversa angolazione, **Sez. 6 - 2, n. 24348/2019, Cosentino, Rv. 655282-01**, ha chiarito che, una volta eccepita dal venditore la tardività della denuncia rispetto alla data di consegna della merce, incombe sull'acquirente, l'onere della prova di aver denunciato i vizi nel termine di legge *ex art.* 1495 c.c., trattandosi di condizione necessaria per l'esercizio dell'azione. Si conferma così l'indirizzo espresso da Sez. 2, n. 12130/2008, *Mensitieri*, Rv. 603428-01.

Passando alla disamina delle pronunce rese con riferimento a diverse tipologie di vendita sempre in materia di rimedi allo squilibrio al sinallagma, si richiama **Sez. 2, n. 05336/2019, Tedesco, Rv. 652706-01**, secondo cui, in caso di contratto preliminare di vendita di bene gravato da usufrutto, qualora nel termine pattuito il promittente venditore non sia stato in grado di procurare l'acquisto della piena proprietà del detto bene, il promittente compratore, che non abbia avuto conoscenza, al momento della conclusione del contratto, che la cosa era gravata di uno *ius in re aliena*, può *ex art.* 1489 c.c. domandare, oltre alla riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto. Quest'ultima potrà essere pronunciata anche se il titolare del diritto di godimento o il beneficiario dell'onere o della limitazione non

abbiano ancora fatto valere alcuna pretesa sulla *res*, ove si accerti, ai sensi dell'art. 1480 c.c., che il compratore non avrebbe acquistato la cosa gravata dall'onere.

In materia urbanistica, **Sez. 2, n. 21582/2019, Giusti, Rv. 655208–01**, ha affermato che il vincolo derivante da norme imperative assistite, come tali, da una presunzione legale di conoscenza da parte dei destinatari, quali l'art. 41 *sexies* della l. n. 1150 del 1942, che prevede il diritto reale d'uso di aree destinate a parcheggio, quale limite legale della proprietà del bene, non può qualificarsi come onere non apparente gravante sull'immobile secondo la previsione dell'art. 1489 c.c. Ne consegue che esso non è invocabile dal compratore come fonte di responsabilità del venditore che non lo abbia dichiarato nel contratto. La pronuncia conferma quanto in epoca più risalente affermato da Sez. 2, n. 04977/2000, Elefante, Rv. 535776–01.

Restando in tema di vendita di immobili, ma sotto il profilo risarcitorio, secondo **Sez. 1, n. 17810/2019, Terrusi, Rv. 654539–01**, la responsabilità risarcitoria del notaio, che non abbia comunicato all'acquirente l'esistenza di una trascrizione pregiudizievole, non può essere automaticamente commisurata al valore del bene oggetto dell'evizione, dovendosi a tale scopo verificare se il prezzo di acquisto sia stato effettivamente corrisposto dall'acquirente. Il danno da evizione totale è, infatti, commisurato proprio alla restituzione del prezzo, oltre al rimborso delle spese della vendita ed ai frutti che l'acquirente abbia dovuto corrispondere a colui dal quale sia stato evitto, agli accessori e alle spese giudiziali.

Nella materia della vendita di beni di consumo, per le ipotesi di difetto di conformità al momento della consegna, **Sez. 3, n. 14775/2019, Di Florio, Rv. 654097–01**, ha chiarito come l'art. 130 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, rechi una specifica tutela del consumatore, prevedendo e disciplinando la responsabilità del venditore per qualsiasi difformità esistente al momento della consegna. Diversamente, ai sensi dell'art. 135 del menzionato d.lgs., in tutti gli altri casi d'inadempimento si applicano le regole ordinarie, che richiedono una specifica allegazione circa la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità.

Nelle vendite a catena **Sez. 2, n. 5140/2019, Federico, Rv. 652631–01**, ha chiarito che il rivenditore finale può esercitare azione di rivalsa verso i responsabili, quando deve rispondere nei confronti del consumatore per un vizio di conformità di un bene imputabile ad un'azione od omissione del produttore o di un precedente venditore della medesima catena distributiva o di un intermediario. La pronuncia ha altresì precisato che la qualifica di intermediario, ai sensi dell'abrogato art. 1519 *quinquies* c.c., ora sostituito dall'art. 131 del d.lgs. n. 206 del 2005, può essere attribuita solo ad un soggetto che sia coinvolto nella catena distributiva del detto bene e, in particolare, non può discendere dall'espletamento di un incarico conferito dal produttore ad un mandatario dopo l'evento che ne ha determinato la responsabilità.

Per la vendita a consegne ripartite è stato, poi, confermato da **Sez. 2, n. 16766/2019, Abete, Rv. 654550-02**, che, quando sia stata venduta, a consegne ripartite, merce con le medesime caratteristiche di qualità, il riconoscimento del vizio della merce stessa da parte del venditore, dopo la prima consegna, esclude il verificarsi della decadenza, ai sensi dell'art 1495 c.c., in relazione a vizi dello stesso genere relativi alle successive partite. Ove manchi detto riconoscimento, il termine per la denuncia di vizi sussistenti già nella prima partita di merce consegnata decorre dal giorno della consegna, senza che la successiva consegna di altra partita della stessa merce sia idonea a fare decorrere un nuovo termine per la denuncia.

14. Il giuoco e la scommessa.

Risulta confermato l'orientamento di legittimità secondo cui la consegna di *fiches* da impiegare nel gioco d'azzardo in cambio di un assegno bancario e la mancata restituzione dell'importo pari alle *fiches* ricevute deve essere sussunta nello schema negoziale del mutuo. Ai fini dell'integrazione dell'obbligazione di gioco, infatti, secondo **Sez. 3, n. 17686/2019, Olivieri, Rv. 654575-01**, è necessaria la partecipazione diretta del mutuante all'attività di giuoco in antagonismo con il mutuatario o unitamente allo stesso, purché chi ha fornito le somme di danaro sia in qualche modo destinatario effettivo del risultato del giuoco e ne subisca l'alea. In tal senso si ricorda che già Sez. 1, n. 17689/2004, Rordorf, Rv. 576637-01, aveva affermato che la mera presenza di un intento speculativo nell'operazione realizzata non è sufficiente ad integrare la fattispecie del gioco, dovendo, quindi ricorrere, la condivisione del rischio, come anche l'interesse economico diretto del mutuante al risultato, nonché il conseguimento degli utili di giocata.

Nella più ampia prospettiva eurounitaria, **Sez. U, n. 14697/2019, Acierno, Rv. 653988-02**, ha chiarito che i principi elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di libertà di stabilimento non escludono una disciplina nazionale restrittiva del gioco lecito, fondata sui principi di proporzionalità e su ragioni imperative d'interesse generale o di ordine pubblico. Risultano, pertanto, compatibili con il diritto dell'Unione le restrizioni del legislatore italiano all'attività d'impresa esercente il gioco lecito mediante apparecchi e congegni elettronici, necessariamente connessi alla rete telematica pubblica, di cui è previsto l'affidamento in concessione ai sensi dell'articolo 14 *bis*, comma 4, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 640.

La pronuncia ha chiarito in proposito che si tratta di restrizioni giustificate da una duplice necessità: tutelare l'ordine pubblico, scongiurando, con un sistema di accesso e controllo pubblico capillare, il fiorire del gioco d'azzardo illecito, e salvaguardare l'interesse generale al contrasto della ludopatia, consentendo

all'autorità statale, per il tramite del rapporto concessorio, di conservare la titolarità e il controllo del denaro riscosso, secondo le regole generali relative al maneggio di denaro pubblico. E' stato ritenuto, infatti, che dette restrizioni avvengono nel pieno rispetto anche del principio della proporzionalità, trattandosi di controllo periodico, facilitato dalla rete telematica e che non intralcia la gestione dell'attività di gioco lecito.

CAPITOLO X

LE OBBLIGAZIONI NASCENTI DALLA LEGGE

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La ripetizione di indebito e l'errore del *solvens*. – 3. La rilevanza della mala fede nella ripetizione di indebito: gli interessi. – 4. Ripetizione d'indebito e prescrizione. – 5. La ripetizione dell'indebito nell'esecuzione forzata. – 6. L'indebito previdenziale e quello assistenziale. – 7. Aiuti comunitari nel settore dell'agricoltura e ripetizione di indebito. – 8. Estinzione dell'obbligazione per adempimento del terzo e rapporti con l'azione di ripetizione di indebito. – 9. Arricchimento senza causa e P.A. – 10. Fallimento, approvazione del piano di riparto e rapporti con azioni di ripetizione di indebito e di arricchimento senza causa.

1. Premessa.

Nel corso del 2019 la S.C. ha ribadito oltre che chiarito principi in merito alla disciplina della ripetizione dell'indebito, con particolare riferimento all'errore del *solvens*, alla rilevanza della mala fede in relazione agli interessi, alla prescrizione ed ai rapporti con l'esecuzione forzata.

In merito all'arricchimento senza causa, invece, sono stati ribaditi nonché ulteriormente specificati principi inerenti l'esercizio della relativa azione nei confronti della P.A.

2. La ripetizione di indebito e l'errore del *solvens*.

Ai fini della ripetizione dell'indebito oggettivo, non è necessario che il *solvens* versi in errore circa l'esistenza dell'obbligazione, posto che, diversamente dall'indebito soggettivo *ex persona debitoris*, in cui l'errore scusabile è previsto dalla legge come condizione della ripetibilità, ricorrendo l'esigenza di tutelare l'affidamento dell'*accipiens* – il quale riceve ciò che gli spetta sia pure da persona diversa dal vero debitore –, nell'ipotesi di cui all'art. 2033 c.c. non vi è un affidamento da tutelare, non avendo l'*accipiens* alcun diritto di conseguire, né dal *solvens* né da altri, la prestazione ricevuta e la sua buona o mala fede rileva solo ai fini della decorrenza degli interessi.

In applicazione di tale principio, **Sez. 6-3, n. 07066/2019, Vincenti, Rv. 653441-01**, ha ritenuto sussistente il diritto di una regione alla restituzione del contributo comunitario di cui al Regolamento CE n. 2081 del 1993 indebitamente versato per un progetto di opere in assenza dei requisiti di legge, nonostante alla stessa amministrazione risultasse che alla data della domanda il richiedente non avesse ancora ottenuto la concessione edilizia.

Per converso, il versamento effettuato da chi non vi era tenuto, nell'erroneo ma scusabile convincimento di esservi personalmente obbligato, configura un indebito soggettivo *ex latere solventis*, con la conseguenza che il *solvens* ha azione di ripetizione che, nel diritto tributario, si traduce nella possibilità di presentare istanza di rimborso, trovando applicazione l'art. 38 del d.P.R. n. 602 del 1973, oltretutto in caso di errore materiale, in quello di inesistenza totale o parziale dell'obbligo di versamento e, dunque, in maniera indifferenziata in tutte le ipotesi di ripetibilità del versamento indebito, a prescindere dalla riferibilità dell'errore al versamento, all'*an* od al *quantum* del tributo (**Sez. 5, n. 14608/2019, Cataldi, Rv. 654112-01**).

Nella materia in esame, l'errore del *solvens*, laddove rilevante, deve comunque inerire la fase di esecuzione del contratto e non quella della formazione della volontà contrattuale.

Muovendo da tale assunto, **Sez. 3, n. 20321/2019, Iannello, Rv. 654872-01**, ha ritenuto che l'errore nella determinazione del canone di locazione di immobili ad uso diverso da quello di abitazione a misura, che sia stato specificamente pattuito sia con riferimento alla base di calcolo, sia con riferimento al risultato finale, collocandosi nel momento della formazione della volontà negoziale, e non in quello dell'esecuzione del contratto, non legittima direttamente all'azione di ripetizione di indebito, trovando il pagamento della somma convenuta giustificazione nell'accordo contrattuale, il quale rimane valido ed efficace fino a quando il vizio del consenso non venga fatto valere con l'azione di annullamento e questa non trovi accoglimento.

L'azione di ripetizione dell'indebito relativa ad erogazioni pubbliche, avendo come fondamento l'oggettiva inesistenza dell'obbligazione adempiuta (senza che assuma alcuna rilevanza lo stato soggettivo dell'*accipiens*) e come obiettivo l'integrale recupero di una attribuzione patrimoniale priva di causa giustificatrice, non può essere ricondotta né ad una azione risarcitoria per responsabilità contabile né ad un'azione in tema di contabilità pubblica, atteso che la prima si fonda sui medesimi elementi costitutivi, sia oggettivi che soggettivi, della responsabilità civile generale e tende al contemperamento del pubblico interesse all'obbligatorietà e integralità del recupero con altri interessi generali, mentre la seconda presuppone la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto di gestione e la natura pubblica o equiparabile del soggetto beneficiario. Ne consegue che, come ha statuito **Sez. U, n. 30007/2019, De Stefano, Rv. 656067-01**, la relativa domanda, anche quando proposta nelle forme previste dal r.d. n. 639 del 2010, non rientra nella giurisdizione, tanto meno esclusiva, della Corte dei conti, ma resta devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

3. La rilevanza della mala fede nella ripetizione di indebito: gli interessi.

In tema di ripetizione dell'indebito oggettivo, ai fini del decorso degli interessi sulla somma oggetto di restituzione, l'espressione dal giorno della "domanda", contenuta nell'art. 2033 c.c., non va intesa come riferita esclusivamente alla domanda giudiziale, ma comprende anche gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c.

Nei termini di cui innanzi **Sez. U, n. 15895/2019, Sambito, Rv. 654580-02**, ha risolto un conflitto interno alla S.C. sostanzialmente dando seguito all'orientamento (*ex plurimis*: Sez. 1, n. 22852/2015, De Augustinis, Rv. 637377-01) contrario a quello per il quale il debito dell'*accipiens*, a meno che egli non sia in mala fede, produce interessi solo a seguito della proposizione di un'apposita domanda giudiziale, non essendo sufficiente un qualsiasi atto di costituzione in mora del debitore, atteso che all'indebito si applica la tutela prevista per il possessore in buona fede – in senso soggettivo – dall'art. 1148 c.c., a norma del quale questi è obbligato a restituire i frutti soltanto dalla domanda giudiziale, secondo il principio per il quale gli effetti della sentenza retroagiscono al momento della proposizione della domanda (Sez. 3, n. 04745/2005, Chiarini, Rv. 579737-01).

Nell'ipotesi di nullità di un contratto, peraltro, la disciplina degli obblighi restitutori tra le parti è mutuata da quella dell'indebito oggettivo, poiché viene a mancare la causa giustificativa delle rispettive attribuzioni patrimoniali. Ne consegue che, per **Sez. 2, n. 02993/2019, Oliva, Rv. 652438-01**, ai fini della decorrenza degli interessi, rileva la condizione soggettiva dell'*accipiens* al momento in cui ha ricevuto la prestazione, essendo lo stesso tenuto a restituirli dal giorno del pagamento, se in mala fede, e da quello della domanda giudiziale, se in buona fede. In merito si veda anche la precedente Sez. 1, n. 08586/2009, Schirò, Rv. 607950-01 (sostanzialmente conforme) che, in fattispecie relativa a mutuo di scopo legale per la costruzione di un complesso edilizio non realizzato, ha ritenuto superata la presunzione di buona fede del mutuatario, avendo riconosciuto la nullità del contratto, per mancanza originaria della causa, sulla base dell'esistenza di un patto di compensazione tra un debito preesistente nei confronti del mutuante e le somme mutate, con la parziale utilizzazione di queste ultime per estinguere i debiti precedenti, così da risultare evidente la consapevolezza del mutuatario, che aveva prestato il consenso all'effettuazione delle trattenute.

Sempre in argomento rileva evidenziare che in tema di intermediazione finanziaria, allorché sia stata pronunciata la risoluzione del contratto per inadempimento della banca, non può reputarsi *in re ipsa* la prova della mala fede, traendo tale convincimento dalla mera imputabilità ad essa dell'inadempimento che abbia determinato la risoluzione del contratto. Ne consegue, come già chiarito da

Sez. 1, n. 03912/2018, Nazzicone, 647058-01, che il credito del cliente avente ad oggetto il rimborso del capitale investito produce interessi, in base ai principi in tema di ripetizione dell'indebitto, solo a seguito della proposizione della domanda giudiziale, gravando su chi richiede la decorrenza dalla data del versamento l'onere di provare che la banca era in mala fede.

Per converso, devono essere riconosciuti dal giorno del pagamento e non da quello della domanda gli interessi legali con riferimento alla ripetizione di somme pagate in esecuzione della sentenza d'appello successivamente cassata, ovvero della sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva riformata in appello.

Detta azione, difatti, come ha chiarito **Sez. 2, n. 24475/2019, Giannaccari, Rv. 655257-01**, non si inquadra nell'istituto della *condictio indebiti* ex art. 2033 c.c., sia perché si ricollega a un'esigenza di restaurazione della situazione patrimoniale precedente alla sentenza, sia perché il comportamento dell'*accipiens* non si presta a valutazione di buona o mala fede ai sensi della suddetta norma di legge, non potendo venire in rilievo stati soggettivi rispetto a prestazioni eseguite e ricevute nella comune consapevolezza della rescindibilità del titolo e della provvisorietà dei suoi effetti; pertanto, gli interessi legali devono essere riconosciuti dal giorno del pagamento e non da quello della domanda.

4. Ripetizione d'indebitto e prescrizione.

Nella detta materia già Sez. 3, n. 03706/2018, Tatangelo, Rv. 647602-01, aveva chiarito che il diritto alla restituzione delle somme pagate in esecuzione di una sentenza di condanna, successivamente riformata, soggiace, ai sensi degli artt. 2033 e 2946 c.c., al termine di prescrizione decennale, che inizia a decorrere dal giorno in cui è divenuto definitivo – con la riforma della sentenza predetta – l'accertamento dell'indebitto. Sez. 1, n. 27704/2018, Nazzicone, Rv. 651326-01, aveva invece ribadito che l'azione di ripetizione dell'indebitto proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale. Quest'ultima decorre, in assenza di un'apertura di credito, dai singoli versamenti aventi natura solutoria. Grava sull'attore in ripetizione dimostrare la natura indebita dei versamenti e, a fronte dell'eccezione di prescrizione dell'azione proposta dalla banca, dimostrare l'esistenza di un contratto di apertura di credito idoneo a qualificare il pagamento come ripristinatorio ed a spostare l'inizio del decorso della prescrizione al momento della chiusura del conto (in senso conforme, la precedente Sez. U, n. 24418/2010, Rordorf, Rv. 615489-01).

Con particolare riferimento ai citati rapporti tra ripetizione di indebitto e prescrizione estintiva in ordine al contratto di conto corrente, **Sez. U, n.**

15895/2019, Sambito, Rv. 654580-01, ha altresì precisato che l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte. Sul punto si era già espressa Sez. 1, n. 14144/2018, Caiazza, Rv. 649902-01, ritenendo necessario distinguere i versamenti ripristinatori della provvista, operati nel limite dell'affidamento concesso al cliente, da quelli solutori, ovvero effettuati oltre tale limite ai fini della decorrenza della prescrizione decennale dell'azione rispettivamente dalla estinzione del conto o dai singoli versamenti. Ai fini della valida proposizione dell'eccezione, secondo l'ordinanza da ultimo citata, non sarebbe necessaria l'indicazione specifica da parte della banca delle rimesse prescritte, né il relativo *dies a quo*, emergendo la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti dagli estratti-conto, della cui produzione in giudizio è onerato il cliente; sicché la prova degli elementi utili ai fini dell'applicazione della prescrizione è nella disponibilità del giudice che deve decidere la questione. Poiché la decorrenza della prescrizione è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei versamenti effettuati dal cliente, essa matura sempre dalla data del pagamento, qualora il conto risulti in passivo e non sia stata concessa al cliente un'apertura di credito, oppure i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento. Ne consegue che, come ha statuito **Sez. 1, n. 02660/2019, Nazzicone, Rv. 652622-01**, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebitato per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata.

I principi di cui innanzi devono comunque sempre coordinarsi con le cause interruttive della prescrizione.

Sicché, in materia contrattuale, la proposizione di una domanda volta a ottenere la restituzione di somme fondata sulla risoluzione o sull'annullamento del contratto vale a interrompere la prescrizione anche del diritto alla restituzione per effetto della nullità dello stesso, essendo medesimo il bene della vita che la parte ha inteso tutelare (Sez. 2, n. 21418/2018, Orilla, Rv. 650037-03).

5. La ripetizione dell'indebito nell'esecuzione forzata.

A seguito della chiusura del procedimento di esecuzione forzata, è da escludere la possibilità di ottenere una modifica della distribuzione del ricavato della vendita mediante l'esperimento dell'azione di ripetizione di indebito da parte di un creditore nei confronti degli altri. Per **Sez. 6-3, n. 04263/2019, Tatangelo, Rv. 653008-01**, infatti, la definizione del procedimento esecutivo con l'approvazione del progetto di distribuzione senza contestazioni da parte dei creditori determina l'intangibilità della concreta ed effettiva distribuzione delle somme ricavate dalla vendita.

Muovendo dall'assunto per il quale il provvedimento che chiude il procedimento esecutivo, pur non avendo, per la mancanza di contenuto decisorio, efficacia di giudicato, è, tuttavia, caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento già Sez. 3, n. 20994/2018, Saija, Rv. 650324-01, ne aveva fatto conseguire l'impossibilità per l'espropriato di esperire, dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata, l'azione di ripetizione di indebito contro il creditore procedente (o intervenuto) per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso, sul presupposto dell'illegittimità per motivi sostanziali dell'esecuzione forzata (in senso sostanzialmente conforme anche la precedente Sez. 3, n. 17371/2011, Barreca, Rv. 619121-01). Per converso, il soggetto espropriato che abbia fatto valere l'illegittimità dell'esecuzione mediante opposizione proposta nel corso del processo esecutivo, ma accolta successivamente alla chiusura dell'esecuzione, può esperire, sul presupposto di tale illegittimità, l'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti del creditore al fine ottenere la restituzione di quanto dallo stesso riscosso (Sez. 3, n. 26927/2018, Rubino, Rv. 650910-01).

6. L'indebito previdenziale e quello assistenziale.

In tema di indebito previdenziale, **Sez. 6-L, n. 08731/2019, Cavallaro, Rv. 653391-01**, ha chiarito che il dolo dell'assicurato, idoneo ad escludere l'applicazione delle norme che limitano la ripetibilità delle somme non dovute, in deroga alla regola generale di cui all'art. 2033 c.c., pur non potendo presumersi sulla base del semplice silenzio, che di per sé stesso, non ha valore di causa determinante in tutti i casi in cui l'erogazione indebita non sia imputabile al percipiente, è configurabile nelle ipotesi di omessa o incompleta segnalazione di circostanze incidenti sul diritto o sulla misura della pensione, che non siano già conosciute o conoscibili dall'ente competente. Con riferimento alla stessa materia, peraltro, l'art. 13, comma 2, della l. n. 412 del 1991, è stato interpretato da **Sez. L, n. 03802/2019, Bellè, Rv. 652884-01**, nel senso per il quale l'INPS deve procedere alla verifica nell'anno civile in cui ha avuto conoscibilità dei redditi maturati dal percettore di una data prestazione e

che, entro l'anno civile successivo a quello destinato alla verifica, deve procedere, a pena di decadenza, al recupero dell'eventuale indebito.

In tema di indebito assistenziale, come ha specificato **Sez. 6-L, n. 10642/2019, Cavallaro, Rv. 653627-01**, la violazione, ad opera del titolare della prestazione, dell'obbligo di comunicazione all'INPS della situazione reddituale rilevante ai fini del diritto alla percezione della predetta prestazione, esclude la sussistenza di un affidamento idoneo a giustificare l'irripetibilità dell'indebito. Con riferimento alle prestazioni assistenziali indebite per mancanza del requisito di incollocazione al lavoro, trovano applicazione, in difetto di una specifica disciplina, le norme sull'indebito assistenziale riferite alla mancanza dei requisiti di legge in via generale che, in quanto speciali rispetto alla disposizione di cui all'art. 2033 c.c., limitano la restituzione ai soli ratei indebitamente erogati a decorrere dalla data del provvedimento amministrativo di revoca del beneficio assistenziale non dovuto, restando esclusa la ripetizione delle somme precedentemente corrisposte, e senza che rilevi l'assenza di buona fede dell'*accipiens* (**Sez. L, n. 31372/2019, Mancino, Rv. 655991-01**).

7. Aiuti comunitari nel settore dell'agricoltura e ripetizione di indebito.

Nella specifica materia degli aiuti comunitari nel settore dell'agricoltura, la disciplina della ripetizione dell'indebito, regolata dall'art. 2033 c.c., trova applicazione non solo nel caso in cui l'erogazione abbia avuto luogo in assenza dei presupposti o di un valido provvedimento giustificativo ma anche in quello in cui il titolo per fruire del beneficio, originariamente esistente, venga meno per decadenza o revoca, senza che sia necessaria l'adozione di un atto di accertamento o liquidazione. Tale disciplina, ha proseguito **Sez. 1, n. 24040/2019, Mercolino, Rv. 655306-03**, non è esclusa dalla possibilità di applicare sanzioni amministrative, tenuto conto che l'Amministrazione può provvedere congiuntamente al recupero delle somme versate e all'irrogazione delle sanzioni, adottando il procedimento previsto dalla l. n. 689 del 1981, richiamato dalla l. n. 898 del 1986, ma può anche agire separatamente per la ripetizione di quanto pagato, utilizzando gli strumenti contemplati dal diritto comune.

La citata **Sez. 1, n. 24040/2019, Mercolino, Rv. 655306-04**, ha altresì statuito nel senso dell'operatività del disposto dell'art. 3 del Regolamento n. 95/2988/CEE, che fissa in quattro anni il periodo entro il quale si deve procedere al recupero di ogni vantaggio indebitamente percepito a carico del bilancio comunitario (sempre che una norma di settore non preveda un termine più breve, comunque non inferiore ai tre anni), consentendo però a ciascuno Stato di applicare un termine più lungo che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, è desumibile anche da

disposizioni di diritto comune anteriori al menzionato Regolamento, purché prevedibili e proporzionate. Per l'ordinamento italiano ciò avviene però con la disciplina dell'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo, che, ai sensi dell'art. 2946 c.c., si prescrive nel termine di dieci anni, cui resta estraneo il disposto dell'art. 28 della l. n. 689 del 1981, che regola esclusivamente la prescrizione delle sanzioni amministrative eventualmente connesse all'indebita percezione degli aiuti.

8. Estinzione dell'obbligazione per adempimento del terzo e rapporti con l'azione di ripetizione di indebito.

Nel 2019 la S.C. ha ribadito l'orientamento per il quale in ipotesi di estinzione dell'obbligazione per adempimento di un terzo, secondo la previsione dell'art. 1180 c.c., cioè ad opera di un soggetto estraneo al rapporto, che intervenga spontaneamente ed unilateralmente in nome proprio e non in rappresentanza del debitore, il pagamento resta riferibile al terzo medesimo, al quale, pertanto, spetta l'azione di ripetizione di indebito oggettivo, ai sensi e nel concorso delle condizioni degli artt. 2033 ss. c.c. (**Sez. 1, n. 30446/2019, Genovese, Rv. 656271-02**, in senso conforme si veda Sez. 3, n. 04340/1980, Visallin, Rv. 408205-01).

9. Arricchimento senza causa e P.A.

In tema di azione d'indebito arricchimento nei confronti della P.A., conseguente all'assenza di un valido contratto d'opera professionale, **Sez. 3, n. 09809/2019, Gorgoni, Rv. 653424-01**, ha confermato l'orientamento per il quale, ai fini della determinazione dell'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. non può essere assunta, quale valido parametro di riferimento, la parcella del professionista, ancorché vistata dall'ordine professionale, trattandosi di individuare non già il corrispettivo contrattuale per l'esecuzione di prestazioni professionali, ma un importo che deve essere liquidato, alla stregua delle risultanze processuali, se ed in quanto si sia verificato un vantaggio patrimoniale a favore della P.A., con correlativa perdita patrimoniale della controparte (in senso conforme si veda anche Sez. 3, n. 03905/2010, Federico, Rv. 611568-01).

Sostanzialmente conforme anche **Sez. 3, n. 12702/2019, Gorgoni, Rv. 653894-01**, per la quale l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale (*detrimentum*) dal medesimo subita nell'erogazione della prestazione, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di profitto (*lucro cessante*) se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace. Nella specie infatti la S.C. ha confermato la sentenza che, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto, aveva assunto la parcella del professionista, redatta sulla base delle tariffe professionali e reputata congrua dal C.T.U., quale parametro

comparativo dal quale desumere soltanto gli elementi di costo delle attività effettivamente svolte, decurtando poi la somma del 15% per escludere il riconoscimento del lucro cessante (conf. Sez. 3, n. 23780/2014, Stalla, Rv. 633449-01).

In termini non dissimili ha statuito anche **Sez. 1, n. 14670/2019, Scoditti, Rv. 654169-01**, per la quale la *depauperatio*, che non può essere fatta coincidere con la misura del compenso calcolato mediante il parametro della tariffa professionale e nel rispetto dei fattori di importanza dell'opera e del decoro della professione (art. 2233 c.c.), deve considerare, oltre ai costi ed esborsi sopportati (danno emergente), anche quanto necessario a ristorare il sacrificio di tempo, nonché di energie mentali e fisiche del professionista (lucro cessante), del cui valore si deve tener conto in termini economici, al netto della percentuale di guadagno. A causa della difficoltà di determinazione del suo preciso ammontare, l'indennizzo può formare oggetto di una valutazione di carattere equitativo ai sensi dell'art. 1226 c.c., anche officiosa. Parimenti, **Sez. 1, n. 14329/2019, Scalia, Rv. 654266-01**, ha ritenuto che l'indennizzo (per il caso di contratto nullo per mancanza di forma scritta) ben possa essere quantificato in via equitativa, utilizzando come parametro la tariffa professionale, con esclusione delle voci che determinerebbero il conseguimento di un pieno corrispettivo contrattuale, come le maggiorazioni previste per le particolari modalità o per l'urgenza con cui la prestazione è stata resa, o applicando i minimi tariffari a fronte di un compenso pattuito in misura superiore. In merito, la coeva **Sez. 3, n. 09317/2019, Dell'Utri, Rv. 653420-01**, ha però precisato che nella fattispecie di cui innanzi l'indennizzo non può essere determinato in base alla tariffa professionale, neppure indirettamente quale parametro del compenso che il professionista avrebbe potuto ottenere se avesse svolto la sua opera a favore di un privato, né in base all'onorario che la P.A. avrebbe dovuto pagare, se la prestazione ricevuta avesse formato oggetto di un contratto valido.

In termini sostanzialmente difformi si era invece pronunciata Sez. 6-1, n. 00351/2017, Lamorgese, Rv. 642780-01, per la quale, qualora, per lo svolgimento di un'attività professionale, debba essere riconosciuto un indennizzo per arricchimento senza causa ai sensi dell'art. 2041 c.c., la quantificazione dell'indennizzo medesimo può essere effettuata utilizzando la tariffa professionale come parametro di valutazione, per desumere il risparmio conseguito dalla P.A. committente rispetto alla spesa cui essa sarebbe andata incontro nel caso di incarico professionale contrattualmente valido (in senso conforme, Sez. 1, n. 19942/2011, Bisogni, Rv. 619548-01). Trattasi, quest'ultima, di difformità anche con riferimento a Sez. U, n. 01875/2009, Mensitieri, Rv. 606124-01, la quale già aveva chiarito, con riferimento all'azione d'indebito arricchimento nei confronti della P.A., conseguente all'assenza di un valido contratto di appalto d'opera tra la P.A. ed un

professionista, che l'indennità prevista dall'art. 2041 c.c. va liquidata nei limiti della diminuzione patrimoniale subita dall'esecutore della prestazione resa in virtù del contratto invalido, con esclusione di quanto lo stesso avrebbe percepito a titolo di lucro cessante se il rapporto negoziale fosse stato valido ed efficace. In applicazione del principio la sentenza da ultimo citata aveva quindi concluso nel senso per il quale, ai fini della determinazione dell'indennizzo dovuto al professionista partecipante, in assenza di valido contratto, ad una commissione comunale per l'affidamento di determinati lavori, non potessero essere assunte come parametro le tariffe professionali (ancorché richiamate da parcelle viste dall'ordine competente), alle quali si sarebbe potuto ricorrere solo quando le prestazioni fossero effettuate dal professionista in base un valido contratto d'opera con il cliente (ritenendo invece congruo il riferimento alle somme previste per i "gettoni di presenza" spettanti ai componenti di commissione, nella specie ai sensi del d.P.R. 11 gennaio 1956, n. 5).

Sempre in argomento, **Sez. 3, n. 11209/2019, Graziosi, Rv. 653710-01** (in ciò confermando l'orientamento di Sez. 1, n. 15937/2017, Campanile, Rv. 644667-01), ha chiarito che il riconoscimento dell'utilità da parte dell'arricchito non costituisce requisito dell'azione di indebito arricchimento, sicché il depauperato che agisce *ex* art. 2041 c.c. nei confronti della P.A. ha solo l'onere di provare il fatto oggettivo dell'arricchimento, senza che l'ente pubblico possa opporre il mancato riconoscimento dello stesso. Tuttavia, ha precisato l'ordinanza in argomento, le esigenze di tutela delle finanze pubbliche e la considerazione delle dimensioni e della complessità dell'articolazione interna della P.A. trovano adeguata tutela nel principio di diritto comune del cd. "arricchimento imposto", potendo, invece, l'Amministrazione eccepire e provare che l'indennizzo non è dovuto laddove l'arricchito ha rifiutato l'arricchimento ovvero non ha potuto rifiutarlo perché inconsapevole *dell'eventum utilitatis*. Così argomentando la S.C. ha cassato la sentenza gravata che aveva riconosciuto all'appaltatrice l'indennizzo per indebito arricchimento per prestazioni sanitarie fornite oltre il tetto di spesa fissato dalla P.A.

10. Fallimento, approvazione del piano di riparto e rapporti con azioni di ripetizione di indebito e di arricchimento senza causa.

A seguito dell'approvazione del piano di riparto fallimentare e della sua mancata impugnazione nei termini di legge, con susseguente chiusura della procedura concorsuale, rimane preclusa ai creditori concorrenti, ancorché pretermessi, la possibilità di far valere in separato giudizio le proprie ragioni – invero attinenti a rapporti giuridici ormai definiti nell'ambito della procedura medesima – mediante

inammissibili azioni di ripetizione dell'indebito o arricchimento senza causa nei confronti del creditore avvantaggiato nel concorso e del curatore del fallimento.

CAPITOLO XI

LA RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE

(DI LUIGI LA BATTAGLIA E LAURA MANCINI)*

SOMMARIO: 1. L'ingiustizia del danno. - 2. La colpa. - 3. Il nesso di causalità. - 4. Il concorso di colpa del danneggiato. - 5. La responsabilità solidale. - 6. Il danno patrimoniale. - 6.1. La determinazione del danno risarcibile. - 6.2. Allegazione e prova del danno patrimoniale. - 6.3. Il danno patrimoniale futuro. - 6.4. Il danno patrimoniale da perdita di *chance*. - 7. Il risarcimento in forma specifica. - 8. Il danno non patrimoniale. - 8.1. Nozione e caratteri del danno non patrimoniale. - 8.2. La prova del danno non patrimoniale. - 8.3. Il danno da perdita di *chance* a carattere non patrimoniale. - 8.4. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione. - 9. La liquidazione del danno non patrimoniale. - 9.1. La liquidazione del danno biologico. - 9.2. Parametri di quantificazione del danno: le Tabelle di Milano. - 10. Le responsabilità speciali. - 10.1. Genitori, maestri e precettori (art. 2048 c.c.). - 10.2. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.). - 10.3. Attività pericolose (art. 2050 c.c.). - 10.4. Cose in custodia (art. 2051 c.c.). - 10.5. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.). - 10.6. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.). - 10.7. La responsabilità per danno da prodotto difettoso.

1. L'ingiustizia del danno.

Pur non registrandosi, nell'anno 2019, esplicite prese di posizione della Corte di Cassazione sul concetto di ingiustizia del danno, diverse sono le pronunce che possono ricondursi al tema, nella misura in cui riscontrano, nelle fattispecie di volta in volta considerate, un'ipotesi di danno risarcibile secondo lo schema dell'art. 2043 c.c. (nonché, sul versante non patrimoniale, dell'art. 2059 c.c.). Con riferimento, per esempio, al danno non patrimoniale da immissioni acustiche intollerabili, **Sez. 6-3, n. 19434/2019, Iannello, Rv. 654622-02**, pur negandone la configurabilità alla stregua di danno *in re ipsa*, ne presuppone la risarcibilità anche in assenza di danno biologico, segnando una significativa continuità con l'indirizzo (inaugurato da Sez. 3, n. 26899/2014, Lanzillo, Rv. 633753-01, e proseguito con Sez. 3, n. 20927/2015, Rubino, Rv. 637538-01; Sez. U, n. 02611/2017, Bianchini, Rv. 642418-01; e, da ultimo, con Sez. 2, n. 10861/2018, Carrato, Rv. 648017-01) volto ad individuare l'ingiustizia del danno nella lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione e alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, predicati come diritti costituzionalmente garantiti, sotto l'egida dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In un'altra peculiare fattispecie, in tema di elezioni politiche, **Sez. 3, n. 02348/2019, Porreca, Rv. 652479-01**, ha ritenuto il giudice civile privo del potere di accertare incidentalmente l'ingiustizia del danno discendente dall'irregolare svolgimento delle operazioni elettorali da parte degli uffici elettorali circoscrizionali,

* Paragrafi nn. 1, 3, 6.4, 7, 8, 8.1, 8.2, 8.3, 8.4, 9, 9.1, 9.2, 10.6, 10.7 a cura di Luigi La Battaglia; paragrafi nn. 2, 4, 5, 6, 6.1, 6.2, 6.3, 7, 10, 10.1, 10.2, 10.3, 10.4, 10.5 a cura di Laura Mancini.

restando tale accertamento riservato, in sede di autodichia parlamentare, alla Giunta delle elezioni; pertanto, l'accoglimento della domanda è precluso al giudice, nell'ipotesi in cui la verifica da parte di quest'ultima si sia conclusa senza un accertamento in tal senso.

Ancora, **Sez. 3, n. 04721/2019, Di Florio, Rv. 652830-01**, ha individuato i presupposti per la configurazione, in capo al creditore, di un danno risarcibile nei confronti del terzo acquirente di un bene dal suo debitore, nelle seguenti circostanze: 1) che l'atto dispositivo del patrimonio del debitore sia revocabile ai sensi dell'art. 2901 c.c.; 2) che, dopo la sua stipulazione, il terzo abbia compiuto atti elusivi, in modo totale o parziale, della garanzia patrimoniale; 3) che il fatto del terzo sia connotato da un'originaria posizione di illiceità concorrente con quella del debitore (*consilium fraudis*) ovvero da una posizione di illiceità autonoma; 4) che sussista in concreto un *eventus damni* causato dal fatto illecito del terzo.

Un nutrito gruppo di pronunce riguarda il tema (ormai “classico”) del bilanciamento del diritto alla manifestazione del pensiero (nelle sue accezioni di diritto di cronaca, critica o satira) con la tutela dei diritti della personalità dell'individuo (onore, reputazione, riservatezza, identità personale, diritto alla protezione dei dati personali, c.d. diritto all'oblio). In argomento, è necessario, anzitutto, dar conto di **Sez. U, n. 19681/2019, Cirillo F.M., Rv. 654836-01**, che, distinguendo tra diritto di cronaca e diritto alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato (entrambi espressione della libertà di stampa e di informazione protetta e garantita dall'art. 21 Cost.), ha statuito che, in tale seconda ipotesi, il giudice di merito è chiamato a valutare l'interesse pubblico, concreto ed attuale alla menzione degli elementi identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti. Tale menzione deve ritenersi lecita (dunque, non lesiva del diritto alla riservatezza nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all'oblio) solo nell'ipotesi in cui si riferisca a personaggi che, anche nel momento presente, destino l'interesse della collettività, sia per ragioni di notorietà che per il ruolo pubblico rivestito; in caso contrario, prevale il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell'onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva.

In una situazione, in certo senso, intermedia tra cronaca e rievocazione storiografica (ulteriormente caratterizzata dalla circostanza che la diffamazione era stata perpetrata attraverso un'opera cinematografica), **Sez. 1, n. 16506/2019, Tricomi, Rv. 654277-02**, ha affermato che, allorquando un'opera artistica riguardi vicende di cronaca ancora in evoluzione, utilizzi i nomi propri delle persone coinvolte ed adotti un taglio al contempo sia narrativo che giornalistico e documentaristico, dovendo darsi prevalenza agli aspetti di tipo informativo rispetto a quelli artistici e creativi, la valutazione dell'esimente della verità putativa deve

attenersi ai più stringenti criteri richiesti in tema di esercizio del diritto di cronaca, non limitandosi all'esame dei soli elementi formali ed estrinseci ma estendendo l'analisi anche all'uso di eventuali espedienti stilistici che possono trasmettere agli spettatori, anche al di là di una formale ed apparente correttezza espositiva, connotazioni negative sulle persone e sul ruolo dalle stesse rivestito, sicché ogni accostamento di notizie vere può considerarsi lecito solo se non produce un significato ulteriore che le trascenda e che abbia autonoma attitudine lesiva.

Interessante precisazione è stata svolta, in tema di critica politica, da **Sez. 3, n. 22178/2019, Fiecconi, Rv. 654874-01**, che ha rimarcato come l'esercizio del relativo diritto in occasione di un comizio politico non integri di per sé, in presenza dei prescritti presupposti, il reato di diffamazione a mezzo stampa, atteso che il comizio rappresenta il luogo classico ove pubblicamente si confrontano le diverse opinioni pubbliche e le dichiarazioni rese in quel contesto non equivalgono al rilascio di una vera e propria intervista, essendo semmai il detto delitto configurabile a carico dei giornalisti che abbiano pubblicato la notizia senza accertarne la intrinseca veridicità. Sempre in tema di legittimo esercizio del diritto di critica, questa volta nei confronti di un magistrato (il quale, nel caso di specie, era stato additato, in un esposto disciplinare, come autore di atti viziati da parzialità nella gestione di un procedimento di separazione), si è espressa **Sez. 3, n. 09799/2019, Fiecconi, Rv. 653575-01**, secondo cui l'esercizio di tale diritto può ritenersi lecito quando sia guidato dalla ragionevole convinzione soggettiva che i fatti corrispondano a verità, mentre non è configurabile se supera il limite della continenza, non essendo suffragato da fatti obiettivamente riscontrabili e controbalanciato dal requisito della verità putativa. A questo fine, pertanto, il giudizio di liceità sull'esplicazione del diritto di critica richiesto al giudice civile ai fini della decisione sulla domanda di risarcimento deve estendersi in concreto alla verifica del carattere non veritiero o meno, anche solo in termini di verità putativa, dei fatti attribuiti (in applicazione di tale principio, la Corte ha confermato la decisione di merito che, nel ritenere fondata l'azione di responsabilità civile per diffamazione proposta dalla parte civile, ha rilevato la natura illecita dell'esercizio del diritto di critica nel contenuto di un esposto, redatto dalla parte e condiviso dal suo legale, sulla base degli elementi riscontrati in fatto e nella piena disponibilità delle parti prima della redazione dell'esposto, dai quali ben poteva evincersi che il giudice si era pronunciato su ogni richiesta e si era posto in posizione di neutralità ed equidistanza nel valutare gli interessi dei due coniugi).

Per quanto più specificamente riguarda il requisito della continenza formale dell'esposizione, **Sez. 3, n. 27592/2019, Rossetti, Rv. 655572-01**, ha puntualizzato che la corrispondente scriminante va esclusa allorquando vengano usati toni allusivi, insinuanti, decettivi, ricorrendo al sottinteso sapiente, agli accostamenti

suggestionanti, al tono sproporzionatamente scandalizzato e sdegnato, all'artificiosa drammatizzazione con cui si riferiscono notizie neutre e alle vere e proprie insinuazioni (nel caso di specie, è stata cassata con rinvio la sentenza di merito che, pur avendo accertato la sussistenza, nella specie, di un articolo dai toni insinuanti ed allusivi, frutto di supposizioni dell'autore circa la vicinanza del ricorrente alla criminalità organizzata, aveva reputato rispettato il limite della continenza verbale e, comunque, affermato l'esistenza della scriminante dell'esercizio dei diritti di cronaca e critica).

Infine, **Sez. 3, n. 05811/2019, Scarano, Rv. 652997-01**, ha ribadito, che, in tema di azione di risarcimento dei danni da diffamazione a mezzo della stampa, la ricostruzione storica dei fatti, la valutazione del contenuto degli scritti, l'apprezzamento in concreto delle espressioni usate come lesive dell'altrui reputazione, la valutazione dell'esistenza o meno dell'esimente dell'esercizio dei diritti di cronaca e di critica costituiscono oggetto di accertamenti in fatto, riservati al giudice di merito ed insindacabili in sede di legittimità se sorretti da argomentata motivazione; pertanto, il controllo affidato alla Corte di cassazione è limitato alla verifica dell'avvenuto esame, da parte del giudice del merito, della sussistenza, - con riferimento, come nella specie, al diritto di cronaca, - dei requisiti della continenza, della veridicità dei fatti narrati e dell'interesse pubblico alla diffusione delle notizie, nonché al sindacato della congruità e logicità della motivazione, secondo la previsione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., applicabile *ratione temporis*, restando estraneo al giudizio di legittimità l'accertamento relativo alla capacità diffamatoria delle espressioni in contestazione (in termini sostanzialmente analoghi, **Sez. 3, n. 04543/2019, Cigna, Rv. 652749-01**).

Un altro cospicuo filone giurisprudenziale, in qualche modo riconducibile al tema dell'ingiustizia del danno, è quello relativo all'attività illecita della pubblica amministrazione, indagato essenzialmente in funzione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Fa riferimento alla *summa divisio* tra esercizio dell'attività autoritativa e attività materiale della pubblica amministrazione **Sez. 3, n. 09318/2019, Scarano, Rv. 653272-01**, la quale, in una fattispecie in cui la proprietaria di un immobile aveva chiesto a un comune la condanna all'esecuzione delle opere necessarie ad eliminare la causa degli allagamenti che interessavano il proprio bene, identificata nell'insufficienza del sistema di raccolta delle acque reflue, ha statuito che l'inosservanza da parte della P.A., nella gestione e manutenzione dei beni che ad essa appartengono, delle regole tecniche, ovvero dei canoni di diligenza e prudenza, può essere denunciata dal privato dinanzi al giudice ordinario non solo ove la domanda sia volta a conseguire la condanna della P.A. al risarcimento del danno patrimoniale, ma anche ove sia volta a conseguire la condanna della stessa ad un

facere, giacché la domanda non investe scelte ed atti autoritativi dell'amministrazione, ma attività soggetta al rispetto del principio del *neminem laedere*. Né è di ostacolo il disposto dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000 - che devolve al giudice amministrativo le controversie in materia di urbanistica ed edilizia - giacché, a seguito della sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, tale giurisdizione esclusiva non è estensibile alle controversie nelle quali la P.A. non eserciti alcun potere autoritativo finalizzato al perseguimento di interessi pubblici alla cui tutela sia preposta.

All'attività puramente materiale, posta in essere dalla P.A. nel caso di c.d. sconfinamento, si richiama anche **Sez. U, n. 18272/2019, Genovese, Rv. 654586-01**, che attribuisce al giudice ordinario l'azione di risarcimento conseguente alla c.d. occupazione usurpativa, verificantesi nel caso in cui la realizzazione dell'opera pubblica abbia interessato un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai provvedimenti amministrativi di occupazione e di espropriazione, oltre che dalla dichiarazione di pubblica utilità: in tale ipotesi, l'occupazione e la trasformazione del terreno da parte della P.A. costituisce un comportamento di mero fatto, perpetrato in carenza assoluta di potere, che integra un illecito a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo del proprietario. Diverso è il caso di occupazione acquisitiva derivante dalla trasformazione irreversibile del terreno ablato, nell'ambito di un procedimento inizialmente assistito da dichiarazione di pubblica utilità, e successivamente divenuto illegittimo per la mancata emanazione del decreto di esproprio nel termine di legge: qui **Sez. 1, n. 16509/2019, Lamorgese, Rv. 654653-01**, ha precisato che l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità opera *ex nunc*, non verificandosi alcun travolgimento *ex post* delle attività legittimamente compiute dalla P.A. sulla base del decreto di occupazione; conseguentemente, al privato è dovuta l'indennità di occupazione legittima a far data dall'immissione in possesso nel bene fino alla perdita di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, che determina in ogni caso la sopravvenuta carenza di potere ablatorio della P.A.

Diverse pronunce si sono concentrate sui pregiudizi derivanti dalla frustrazione dell'incolpevole affidamento ingenerato nel privato dal contegno della parte pubblica, riconducendo le fattispecie sottoposte alla loro attenzione all'alveo della giurisdizione ordinaria. **Sez. U, n. 06885/2019, Rubino, Rv. 653276-01**, per esempio, ha affermato che, qualora il privato abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, successivamente annullato, in via di autotutela od *ope indicis*, senza che si discuta della legittimità dell'annullamento, la controversia relativa ai danni subiti dal privato rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché ha ad oggetto non già la lesione di un interesse legittimo pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo

rappresentata dalla conservazione dell'integrità del patrimonio, pregiudicato dalle scelte compiute confidando sulla legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato. **Sez. 3, n. 30515/2019, Scoditti, Rv. 655840-01**, a sua volta, ha ricondotto alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'edificabilità di un'area e nella legittimità del conseguente permesso di costruire, successivamente annullato (nella specie, per la sopravvenuta non edificabilità del suolo in quanto ricadente in area soggetta a vincolo paesaggistico), non ravvisandosi un atto o provvedimento amministrativo della cui illegittimità il privato possa dolersi impugnandolo davanti al giudice amministrativo, con le conseguenziali statuizioni risarcitorie, e, quindi, non sollecitando tale situazione di fatto alcuna esigenza di tutela contro l'esercizio illegittimo di un pubblico potere consumato nei confronti del privato, né richiedendo questi un accertamento, da parte del giudice amministrativo, della illegittimità del comportamento tenuto dalla P.A., che egli invece può solo subire. Alla stessa conclusione in punto di riparto di giurisdizione è giunta anche **Sez. U, n. 06356/2019, De Stefano, Rv. 653124-01**, in relazione a un contratto di locazione di immobile da costruirsi ad opera del locatore e da destinare ad edificio pubblico (nella specie, caserma dei carabinieri), con riferimento alla domanda del locatore volta a conseguire l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto, nonché a quella dal medesimo rivolta contro il locatario e tutte le altre pubbliche amministrazioni che, prima della stipula del contratto e durante l'esecuzione dei lavori di edificazione, avevano in lui indotto, con complessive condotte, consistite anche in interlocuzioni formali, un affidamento incolpevole sulla legittimità pure urbanistica e paesaggistica dell'opera, esclusa, invece, dall'autorità giudiziaria penale. In **Sez. U, n. 12640/2019, Tria, Rv. 654025-01**, - che pure ha visto affermata la giurisdizione del giudice ordinario - la pretesa risarcitoria del privato si riannoda alla lesione del legittimo affidamento ingenerato da un comportamento inerte della P.A., non riconducibile all'esercizio di un pubblico potere (nella specie, si trattava della domanda proposta, nei confronti di un comune, da un farmacista che, dopo essere risultato vincitore del concorso per l'assegnazione di una farmacia nell'ambito di una neo-istituita frazione comunale, era stato dichiarato decaduto per non aver aperto la farmacia nei tempi stabiliti dal bando, essendo emerso che in tutto il centro abitato della suddetta frazione non esistevano locali muniti della destinazione urbanistica idonea all'esercizio di tale attività). Un contegno posto in essere in violazione dell'affidamento precedentemente ingenerato viene in rilievo anche in **Sez. U, n. 12635/2019, Scarano, Rv. 653935-01**, nella misura in cui da esso scaturisce la lesione del diritto di credito verso un terzo (in questo caso, il risarcimento era stato invocato, nei confronti della P.A., da una banca che gestiva il servizio di tesoreria di un ente

ospedaliero, lamentando la lesione del proprio diritto di credito alla periodica ricostituzione della provvista conseguente al provvedimento della P.A. che aveva "declassato" l'ente in questione da struttura ospedaliera pubblica a struttura privata accreditata, così determinando una sensibile contrazione dei finanziamenti pubblici allo stesso).

Merita, poi, di essere menzionata **Sez. 3, n. 10831/2019, Olivieri, Rv. 653587-01**, che ha ritenuto che dall'illegittimità della condotta degli enti pubblici che, dapprima avevano concluso l'accordo integrativo regionale che consentiva l'apertura di un secondo studio nell'ambito del distretto, e successivamente avevano rilasciato i relativi titoli autorizzativi, non discende automaticamente la responsabilità *ex art. 2043 c.c.* dei medici convenzionati, i quali abbiano esercitato l'attività professionale anche in un ambito territoriale diverso da quello originariamente loro assegnato (benché collocato nell'ambito del medesimo "distretto"), richiedendosi, a tal fine, che: 1) la condotta materiale del soggetto privato non riceva (o non riceva più) copertura legale in virtù del titolo amministrativo - ritenuto illegittimo e annullato dalla stessa P.A. o dal giudice amministrativo, ovvero disapplicato dal giudice ordinario (condotta *non jure*) -; 2) tale condotta si traduca nella lesione di una situazione giuridica sostanziale meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (condotta *contra ius*); 3) le concrete modalità attraverso le quali si manifesta la preesistente relazione tra il titolo amministrativo illegittimo (successivamente annullato o disapplicato) e la condotta materiale realizzata in esecuzione di esso evidenzino la collusione tra privato e P.A., o anche la sola volontà del primo di arrecare un nocumento al terzo (dolo), ovvero ancora un colpevole e inescusabile affidamento del privato nell'agire *secundum legem*, sulla base del titolo amministrativo.

Infine, **Sez. U, n. 30006/2019, De Stefano, Rv. 656066-01**, ha escluso la giurisdizione del giudice amministrativo con riguardo all'azione di responsabilità per i danni subiti da una società per azioni, in cui si era trasformata una preesistente azienda speciale comunale, in tutti i casi in cui sia dedotto un pregiudizio al patrimonio della società in sé e per sé considerato e non al patrimonio dell'ente pubblico che pure possa o debba risponderne, in special modo quando manchino tutti i presupposti per configurare una società *in house* (e, in particolare, il divieto o l'impossibilità di estendere la compagine sociale a soggetti privati), oppure quando siano dedotti fatti anche anteriori alla trasformazione, ma quali presupposti o antifatti di condotte successive poste a fondamento della domanda.

2. La colpa.

Le ultime pronunce sull'elemento soggettivo dell'illecito extracontrattuale palesano un orientamento, ormai univoco e probabilmente destinato a perpetuarsi, che, sviluppando le riflessioni contenute in precedenti decisioni (Sez. 3, n. 08663/2017, Tatangelo, Rv. 643838-01; Sez. 3, n. 09278/2017, Dell'Utri, Rv. 643848-01; Sez. 3, n. 02173/2016, Rubino, Rv. 638983-01; n. 24472/2014; Sez. 3, n. 03964/2014, Ambrosio, Rv. 630412-01, in materia di infortunistica stradale e Sez. I, n. 01312/2014, Marotta, Rv. 629928-01 in materia di infortuni sul lavoro) giunge a delineare un giudizio sulla colpa che non si esaurisce nella verifica della conformità del contegno dell'agente alle regole cautelari di condotta scritte o comunque tratte dalla comune esperienza, ma investe anche il momento dinamico del necessario adattamento del modello comportamentale risultante dalle predette norme cautelari alle peculiarità della situazione concreta. Secondo tale approccio interpretativo, al giudice spetta, quindi, verificare se, alla stregua delle conoscenze di cui l'agente doveva e poteva fare uso, l'evento dannoso fosse prevedibile ed evitabile mediante la predisposizione di misure precauzionali.

In tale contesto, con una pronuncia di rilievo sistematico, **Sez. 3, n. 05813/2019, Dell'Utri, Rv. 652842-01**, ha chiarito che, in materia di responsabilità civile per la morte del lavoratore, il requisito soggettivo della colpa è integrato dalla violazione, da parte del datore di lavoro, delle regole cautelari di prevenzione evocate dall'art. 2087 c.c., strettamente correlate, in termini di ragionevole prevedibilità, alla verifica dell'evento in quanto fondate, se non sulla certezza scientifica, sulla probabilità o possibilità - concreta e non ipotetica - che la condotta considerata determini l'evento. In applicazione di tale principio, la Corte ha confermato la decisione di merito che aveva condannato il Ministero della Difesa al risarcimento dei danni patiti dai familiari di un militare, deceduto in conseguenza della malattia contratta nel corso di una missione internazionale a causa dell'esposizione a radiazioni ionizzanti, sul presupposto che si trattasse di un rischio ampiamente preventivabile in relazione all'impiego, nelle zone delle operazioni interessate, di armamenti idonei ad esporre le persone alle suddette radiazioni. La decisione muove dalla distinzione tra il principio di precauzione e la regola cautelare vera e propria, fondante il giudizio di colpa. Se il primo si basa sul mero sospetto che, in presenza di certi presupposti, possano verificarsi effetti negativi sulla salute dell'uomo, senza, tuttavia, che tale ipotesi sia supportata da una spiegazione causale, sia pure di carattere non scientifico, ma empirico, le regole cautelari sono strettamente legate, in termini di ragionevole prevedibilità, alla verifica dell'evento prefigurato. La soglia oltre la quale l'agente può prevedere le conseguenze lesive della sua condotta non è, infatti, costituita dalla certezza

scientifica, ma dalla probabilità o anche dalla sola possibilità, purché fondata su elementi concreti e non solo congetturali. Ne deriva, secondo la Terza Sezione civile, che un rimprovero a titolo di colpa può essere mosso soltanto nel caso in cui l'agente al momento della condotta potesse seriamente rappresentarsi la rischiosità della propria azione od omissione rispetto a determinati eventi, corrispondenti a quelli poi verificatisi, anche laddove sulla pericolosità della condotta pur non vi fosse il pieno consenso della comunità scientifica, ma l'adozione di determinate cautele fosse suggerita da dati empirici o dalla presenza di primi approfondimenti scientifici o di studi epidemiologici ancora in fase iniziale.

Nella medesima prospettiva, **Sez. L, n. 08911/2019, Marotta, Rv. 653217-01**, ha chiarito che la responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. non ha natura oggettiva, ma colposa, dovendosi valutare il difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire danni per i lavoratori, in relazione all'attività lavorativa svolta, non potendosi esigere la predisposizione di misure idonee a fronteggiare ogni causa di infortunio, anche quelle imprevedibili.

Importanti precisazioni sono state, inoltre, offerte, nell'anno in rassegna, in merito alla distinzione tra omissione nella colpa e omissione in senso stretto, avendo la Corte chiarito che la condotta attiva colposa, caratterizzata dall'omesso rispetto di regole cautelari proprie (cd. "omissione nell'azione") deve essere distinta dalla condotta omissiva propria (omissione in senso stretto) in quanto, mentre quest'ultima postula, ai fini del risarcimento del danno ad essa conseguente, la violazione di uno specifico obbligo di agire per impedire la lesione di un diritto altrui, la prima presuppone semplicemente il mancato rispetto di regole di prudenza, perizia o diligenza volte a prevenire il danno medesimo. In applicazione di tale principio, **Sez. 3, n. 07362/2019, Cricenti, Rv. 653259-01**, ha confermato la sentenza di merito che aveva condannato un Comune al risarcimento dei danni subiti da un privato in conseguenza delle ustioni riportate dopo essersi seduto su un tratto di spiaggia in cui erano state nascoste le braci ardenti residue da un falò acceso da ignoti, sul rilievo che tali danni erano stati causati, non già da un'omissione in senso proprio, bensì da una condotta attiva caratterizzata dall'omesso rispetto, da parte della P.A., della regola cautelare che le imponeva di ripulire l'arenile dai rifiuti.

Alcune recenti pronunce hanno dato seguito al principio (già affermato da Sez. 3, n. 06898/1986, Muglia, Rv. 449001-01) in forza del quale l'infrazione di una regola comportamentale, ancorché di natura cautelare, non può di per sé dare luogo a responsabilità per un evento dannoso che non sia con essa in rapporto di causalità. Vi sono, infatti, ipotesi in cui la violazione della norma non vale di per sé sola a configurare la colpa dell'agente in quanto non è ravvisabile un nesso causale tra la trasgressione e l'evento dannoso. Pertanto, la verifica della relazione eziologica tra

l'infrazione e l'evento deve attuarsi attraverso la ricostruzione dello scopo della norma violata, atteso che solo la violazione delle norme che hanno come scopo di evitare lo specifico tipo di evento che si è in concreto verificato può essere identificata come condotta colpevole causativa del danno, mentre deve essere considerata eziologicamente irrilevante la violazione di norme che perseguono finalità diverse dalla prevenzione dell'evento dannoso.

Conformandosi a tale approccio ermeneutico, **Sez. 3, n. 05729/2019, Cricenti, Rv. 652996-01**, ha cassato la sentenza che aveva escluso la responsabilità del Comune e della Regione per i danni conseguenti alla caduta in acqua di una vettura, durante una manovra su banchina portuale priva del segnale di pericolo, in ragione della violazione da parte del conducente di un divieto di sosta, e non di transito e, quindi, non preordinato ad evitare l'evento verificatosi.

Sulla medesima linea si è posta **Sez. 3, n. 14885/2019, Dell'Utri, Rv. 653915-01**, la quale ha cassato la sentenza di merito che, in relazione ad una domanda di risarcimento proposta nei confronti di un Comune per i danni subiti a seguito della perdita di controllo di un motoveicolo e della conseguente caduta del conducente, verificatasi a causa della presenza al centro della strada di un tombino, aveva determinato nella misura dell'80% la partecipazione concorsuale del danneggiato per non avere tenuto la destra e per avere circolato contromano, ancorché la violazione di tali norme non fosse da porsi in relazione causale con l'evento dannoso in concreto determinatosi.

Ancora, ha mostrato di valorizzare il profilo della necessaria attitudine causale della violazione della regola cautelare di condotta rispetto all'evento di danno **Sez. L, n. 30679/2019, Bellé, Rv. 655882-01**, la quale ha precisato che, in materia di infortuni sul lavoro, al di fuori dei casi di rischio elettivo, nei quali la responsabilità datoriale è esclusa, qualora ricorrano comportamenti colposi del lavoratore, trova applicazione l'art. 1227, comma 1, c.c., tuttavia, la condotta incauta del lavoratore non comporta un concorso idoneo a ridurre la misura del risarcimento ogni qual volta la violazione di un obbligo di prevenzione da parte del datore di lavoro sia munita di incidenza esclusiva rispetto alla determinazione dell'evento dannoso; in particolare, tanto avviene quando l'infortunio si sia realizzato per l'osservanza di specifici ordini o disposizioni datoriali che impongano colpevolmente al lavoratore di affrontare il rischio, quando l'infortunio scaturisca dall'integrale impostazione della lavorazione su disposizioni illegali e gravemente contrarie ad ogni regola di prudenza o, infine, quando vi sia inadempimento datoriale rispetto all'adozione di cautele, tipiche o atipiche, concretamente individuabili, nonché esigibili *ex ante* ed idonee ad impedire, nonostante l'imprudenza del lavoratore, il verificarsi dell'evento dannoso.

Rifacendosi ad una distinzione da tempo recepita dall'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, **Sez. 3, n. 25925/2019, Fiecconi, Rv. 655378-01**, ha chiarito che la responsabilità della pubblica amministrazione per una *res* che presenti un vizio costruttivo o manutentivo che la renda inidonea alla funzione protettiva che dovrebbe assolvere può derivare non solo dall'inosservanza di specifiche norme prescrittive di *standard* di sicurezza, ma anche dalla violazione di regole di comune prudenza. In applicazione di tale principio, con riferimento al sinistro occorso ad un automobilista uscito di strada a causa del ghiaccio presente sulla carreggiata e del cedimento del parapetto che la fiancheggiava, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente la responsabilità dell'ente proprietario della strada in ragione dell'accertata inidoneità della barriera protettiva a contenere gli urti dei veicoli anche a basse velocità.

Per quanto concerne, infine, la ripartizione dell'onere della prova della colpa, la Corte di Cassazione ha recentemente rafforzato il risalente indirizzo interpretativo, fatto proprio da Sez. 3, n. 09550/2009, Filadoro, Rv. 608197-01, secondo il quale la prova liberatoria intesa a superare la presunzione di colpa sancita dall'art. 2054, comma 2, c.c. non deve necessariamente essere fornita in modo diretto – e, cioè, dimostrando di non aver arrecato apporti casuali alla produzione dell'incidente –, ma può anche indirettamente risultare dall'accertamento del collegamento eziologico esclusivo dell'evento dannoso con il comportamento dell'altro conducente.

Ad avviso di **Sez. 6-3, n. 13672/2019, Vincenti, Rv. 654218-01**, nel caso di scontro tra veicoli, l'accertamento della colpa esclusiva di uno dei conducenti e della regolare condotta di guida dell'altro, libera quest'ultimo dalla presunzione di concorrente responsabilità fissata in via sussidiaria dall'art. 2054, comma 2, c.c., nonché dall'onere di provare di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno. La Terza Sezione ha, altresì, precisato che la prova liberatoria per il superamento di detta presunzione può essere acquisita anche indirettamente tramite l'accertamento del collegamento eziologico esclusivo o assorbente dell'evento dannoso con il comportamento dell'altro conducente.

Merita, infine, di essere segnalata **Sez. 3, n. 25918/2019, Fiecconi, Rv. 655377-02**, la quale, con riferimento alle differenze tra colpa civile e colpa penale, ha stabilito che, ove l'azione civile sia stata esercitata in un processo penale per un reato solo doloso, nel giudizio civile di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p., in relazione alla responsabilità *ex art. 2043 c.c.* o *ex art. 2049 c.c.*, può essere fatto valere il diverso elemento soggettivo della colpa, il quale nell'illecito civile, a differenza che per i delitti, è perfettamente fungibile con quello del dolo. In applicazione del principio, la Corte ha confermato la decisione con la quale il giudice del rinvio *ex art. 622 c.p.p.* aveva ritenuto sussistente la responsabilità civile di un direttore di banca per non

avere vigilato sul dipendente della propria filiale che, delegato dalle vittime, aveva emesso e incassato numerosi assegni circolari e bancari di ingente importo privi di bene fondi e in assenza di provvista sul conto corrente delle deleganti, nonostante il giudice penale ne avesse escluso la responsabilità a titolo di concorso nel reato di appropriazione indebita per assenza del dolo.

La pronuncia si pone in linea di continuità con **Sez. 3, n. 15859/2019, Tatangelo, Rv. 654290-01**, la quale ha sancito il principio per il quale nel giudizio civile di rinvio *ex art. 622 c.p.p.* si determina una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile, sicché la Corte di appello civile competente per valore, cui la Cassazione in sede penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, applica le regole processuali e probatorie proprie del processo civile.

3. Il nesso di causalità.

A margine di una fattispecie in cui, su un soggetto corresponsabile di un sinistro stradale nella misura del 20%, era stato fatto gravare per intero il risarcimento dei danni materiali subiti dal veicolo antagonista, **Sez. 3, n. 22857/2019, Guizzi, Rv. 655090-01**, ha colto l'occasione per ribadire la scomposizione del nesso di derivazione eziologica tra la condotta del danneggiante e l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria in due autonomi e consecutivi segmenti: il primo, volto ad identificare il nesso di causalità materiale o “di fatto” che lega la condotta all'evento di danno; il secondo, diretto invece ad accertare, secondo la regola dell'art. 1223 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.), il nesso di causalità giuridica che correla tale evento alle conseguenze dannose risarcibili. Sulla scia di un orientamento ormai consolidato, **Sez. 3, n. 16581/2019, Scarano, Rv. 654559-02**, ha affermato, inoltre, che il nesso di causalità materiale va accertato secondo il criterio del “più probabile che non”, indicando esso la misura della relazione probabilistica concreta tra condotta ed evento dannoso, con apprezzamento non isolato bensì complessivo ed organico dei singoli elementi indiziari o presuntivi a disposizione. Per quel che riguarda, invece, la c.d. causalità giuridica, in tema di danno da lesione del rapporto parentale **Sez. 3, n. 14392/2019, Valle, Rv. 654094-01**, ha affermato che alla risarcibilità del pregiudizio patito dai prossimi congiunti di persona che abbia subito, a causa di fatto illecito costituente reato, lesioni personali, non è di ostacolo il disposto dell'art. 1223 c.c., in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso, con conseguente legittimazione del congiunto ad agire *iure proprio* contro il responsabile.

Dal punto di vista dell'onere della prova, il segmento della causalità materiale presenta caratteri comuni nelle fattispecie di responsabilità extracontrattuale e di responsabilità contrattuale, ove l'inadempimento riguardi un'obbligazione di *facere*

professionale. In quest'ottica, **Sez. 3, n. 28991/2019, Scoditti, Rv. 655828-01**, definitivamente consacrando l'orientamento inaugurato da Sez. 3, n. 18392/2017, Scoditti, Rv. 645164, ha statuito che, in tema di inadempimento di obbligazioni di diligenza professionale sanitaria, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello contrattualmente regolato); sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione.

Un'interessante puntualizzazione sotto il profilo processuale si deve a **Sez. 3, n. 09985/2019, Guizzi, Rv. 65357601**, alla cui stregua è censurabile per cassazione, ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., il solo errore nell'individuazione della regola giuridica in base alla quale accertare la sussistenza del nesso causale; mentre l'eventuale errore nell'individuazione delle conseguenze derivanti dall'illecito, alla luce della regola giuridica applicata, costituisce una valutazione di fatto, come tale sottratta al sindacato di legittimità se adeguatamente motivata.

Per quel che riguarda, poi, i rapporti tra processo civile e processo penale, nel definire il perimetro dell'accertamento demandato al giudice civile nel giudizio di rinvio *ex* art. 622 c.p.p., **Sez. 3, n. 15859/2019, Tatangelo, Rv. 654290-01**, ha posto l'importante regola per cui, determinandosi una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile, dovranno essere applicate le regole processuali e probatorie proprie del processo civile, e conseguentemente dovrà essere adottato, in tema di nesso eziologico tra condotta ed evento di danno, il criterio causale del "più probabile che non" e non quello penalistico dell'alto grado di probabilità logica, anche a prescindere dalle contrarie indicazioni eventualmente contenute nella sentenza penale di rinvio.

Un altro gruppo di pronunce ha riguardato il tema del concorso di cause (in particolare del concorso del comportamento illecito del convenuto con la causa naturale, ovvero riconducibile allo stesso danneggiato). Sul punto, ha ricevuto ulteriore conferma l'orientamento (costantemente seguito a partire da Sez. 3, n. 15991/2011, Travaglino, Rv. 618881-01) secondo cui, qualora il fattore naturale sia sufficiente a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento dell'uomo, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento; mentre, qualora quelle condizioni non possano dar luogo,

senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità, non potendo, in tal caso, operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile. Ne consegue che, a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza di un eventuale contributo "con-causale" di un fattore naturale (quale che esso sia), non è ammesso, sul piano giuridico, affidarsi ad un ragionamento probatorio "semplificato", tale da condurre *ipso facto* ad un frazionamento delle responsabilità in via equitativa, con relativo ridimensionamento del *quantum* risarcitorio (in tal senso, **Sez. 3, n. 30521/2019, Iannello, Rv. 655971-02**). La regola ha trovato applicazione nel settore della responsabilità sanitaria (laddove **Sez. 3, n. 10812/2019, Scarano, Rv. 653826-02**, ha precisato che, ove si individui in un pregresso stato morboso del paziente/danneggiato - nella specie, *deficit* da surfactante o sindrome da *distress* o delle membrane ialine - un antecedente privo di interdipendenza funzionale con l'accertata condotta colposa del sanitario - nella specie, intempestivo intervento di taglio cesareo di fronte a sofferenza fetale acuta -, ma dotato di efficacia concausale nella determinazione dell'unica e complessiva situazione patologica riscontrata, allo stesso non può attribuirsi rilievo sul piano della ricostruzione del nesso di causalità tra detta condotta e l'evento dannoso, appartenendo ad una serie causale del tutto autonoma rispetto a quella in cui si inserisce il contegno del sanitario, bensì unicamente sul piano della determinazione equitativa del danno, potendosi così pervenire - sulla base di una valutazione da effettuarsi, in difetto di qualsiasi automatismo riduttivo, con ragionevole e prudente apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto - solamente ad una delimitazione del *quantum* del risarcimento); nonché, secondo una differente declinazione, in quello della responsabilità degli amministratori di società di capitali, avendo **Sez. 1, n. 03779/2019, Valitutti, Rv. 653089-02**, affermato, con riguardo all'azione del socio *ex art. 2395 c.c.*, che, qualora l'evento dannoso si ricolleggi a più azioni od omissioni, il problema della concorrenza di una pluralità delle cause trova la sua soluzione nella disciplina di cui all'art. 41 c.p., in virtù del quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra dette cause e l'evento, essendo quest'ultimo riconducibile a ciascuna di esse, a meno che non sia raggiunta la prova dell'esclusiva efficienza causale di una sola, pur se imputabile alla stessa vittima dell'illecito, da ritenersi idonea ad impedire l'evento od a ridurne le conseguenze (nel caso di specie la S.C., confermando la sentenza impugnata ha ritenuto idonea a causare il danno lamentato dal socio la condotta

omissiva del medesimo consistente nel non aver acquisito le quote offerte da un altro socio di maggioranza così da mantenere inalterata la propria partecipazione sociale e da non perdere il diritto di opzione, ancorché gli amministratori avessero dato esecuzione ad una delibera invalida e i sindaci non ne avessero ostacolato l'esecuzione).

4. Il concorso di colpa del danneggiato.

Le decisioni del 2019 in materia di concorso di colpa del danneggiato si pongono in linea di continuità con i principi enunciati da Sez. 3, n. 02480/2018, De Stefano, Rv. 647934-01; Sez. 3, n. 02481/2018, Vincenti, Rv. 647935-01; Sez. 3, n. 02482/2018, Vincenti, Rv. 647936-01 e 647936-02; Sez. 3, n. 02483/2018, Vincenti, Rv. 648247-01, le quali, nel più ampio contesto della sistemazione e puntualizzazione degli esiti dell'elaborazione giurisprudenziale in materia di responsabilità per cose in custodia, hanno offerto utili indicazioni ermeneutiche anche con riferimento alla fattispecie *ex art. 1227, comma 1, c.c.*, precisando che la condotta del danneggiato si atteggia diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, e deve essere valutata tenendo conto del dovere generale di ragionevole cautela riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.

Pertanto, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione, da parte dello stesso danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo eziologico del danno. Tale comportamento interrompe, infine, il nesso eziologico tra il fatto e l'evento dannoso allorquando, benché astrattamente prevedibile, sia da escludere come evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale.

Conformandosi a tali direttrici interpretative, **Sez. 3, n. 02345/2019, Iannello, Rv. 652661-01**, ha cassato la sentenza di appello che aveva ritenuto sussistente la responsabilità del proprietario di un immobile per il decesso di un minore precipitato da una terrazza, nonostante fosse emerso che il ragazzo, in compagnia di coetanei, tra i quali anche il figlio del proprietario, si era introdotto nella terrazza dell'abitazione, priva di ringhiere di protezione, nonostante l'apertura della porta di accesso richiedesse una particolare manovra che solo chi ne fosse avvertito poteva conoscere e che, altrimenti, avrebbe certamente impedito l'accesso ad un estraneo.

In termini analoghi, **Sez. 6-3, n. 09315/2019, Cirillo F.M., Rv. 653609-01**, ha affermato che in tema di responsabilità civile per danni da cose in custodia, la condotta del danneggiato, che entri in interazione con la cosa, si atteggia

diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione - anche ufficiosa - dell'art. 1227, comma 1, c.c., richiedendo una valutazione che tenga conto del dovere generale di ragionevole cautela, riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost., sicché, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione, da parte del danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando sia da escludere che lo stesso comportamento costituisca un'evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale, connotandosi, invece, per l'esclusiva efficienza causale nella produzione del sinistro.

Le ultime pronunce hanno, inoltre, ribadito la necessità, ai fini dell'operatività della regola di delimitazione del danno risarcibile di cui all'art. 1227, comma 1, c.c., di un comportamento del danneggiato oggettivamente in contrasto con una regola di condotta stabilita da norme positive o dettata dalla comune prudenza, ovvero discendente da un vincolo contrattuale.

Sul presupposto che non fosse configurabile un discostamento da tali regole comportamentali, **Sez. 3, n. 13592/2019, Rossetti, Rv. 654196-01**, resa in una controversia in materia di responsabilità del notaio, ha escluso la configurabilità del concorso di colpa del cliente danneggiato per non avere controllato se la stesura dell'atto (nella specie una dichiarazione di successione a fini fiscali) fosse stata compiuta in modo tecnicamente corretto, atteso che nel rapporto di prestazione di opera intellettuale colui che si rivolge ad un professionista ha diritto di pretendere una prestazione eseguita a regola d'arte ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.

Ancora, secondo **Sez. L, n. 30679/2019, Bellé, Rv. 655882-01**, in tema di infortuni sul lavoro, qualora il comportamento del lavoratore che ha determinato l'evento dannoso sia scaturito dall'inosservanza, da parte del datore di lavoro, di specifici doveri informativi o formativi rispetto all'attività da svolgere, tali da rendere altamente presumibile che, ove quegli obblighi fossero stati assolti, l'infortunio non vi sarebbe stato, non è possibile addossare al lavoratore l'ignoranza delle circostanze che dovevano essere oggetto di informativa o di formazione, al fine di fondare una colpa idonea a concorrere con l'inadempimento datoriale e tale da ridurre, ai sensi dell'art. 1227 c.c., la misura del risarcimento dovuto.

Integra, invece, un contributo colposo alla verifica del danno la condotta del trasportato il quale, accettando i rischi della circolazione, abbia ommesso di indossare le cinture di sicurezza. Invero, sebbene la condotta di quest'ultimo non sia idonea, di per sé, ad escludere la responsabilità del conducente, né a costituire

valido consenso alla lesione ricevuta, vertendosi in materia di diritti indisponibili, essa può, tuttavia, costituire un contributo colposo alla verifica del danno, la cui quantificazione in misura percentuale è rimessa all'accertamento del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se correttamente motivato.

Dando seguito, sulla scorta di tale considerazione, a Sez. 3, n. 06481/2017, Sestini, Rv. 643408-01, **Sez. 3, n. 8443/2019, Guizzi, Rv. 653261-01**, ha ritenuto legittima la riduzione proporzionale del risarcimento del danno in favore dei congiunti della vittima, trasportata in un veicolo coinvolto in un sinistro stradale.

La limitazione codicistica del risarcimento in ragione del concorso di colpa del danneggiato postula un dovere di cautela riconducibile al più generale dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost., il quale risponde all'esigenza di ridurre entro limiti di ragionevolezza gli aggravii per gli altri, in nome della reciprocità degli obblighi derivanti dalla convivenza civile, e si colloca sul piano della causalità, costituendo, in particolare, espressione della causalità adeguata (Sez. 3, n. 02483/2018, Vincenti, Rv. 648247-01; Sez. 3, n. 02480/2018, De Stefano, Rv. 647934-01; Sez. 3, n. 02481/2018, Vincenti, Rv. 647935-01).

Il fatto del danneggiato assume, dunque, rilevanza quale fattore causale concorrente rispetto alla produzione del danno, con la conseguenza che anche in relazione alla fattispecie di cui all'art. 1227, comma 1, c.c. devono trovare applicazione le regole riconducibili alla teoria della causalità adeguata o della regolarità causale, secondo cui occorre dare rilievo alle serie causali che, alla stregua di una valutazione *ex ante*, appaiono idonee a determinare l'evento.

In questa prospettiva, **Sez. 3, n. 01049/2019, Fiecconi, Rv. 652685-01**, ha sviluppato l'assunto secondo il quale il fatto colposo del danneggiato, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1227, comma 1, c.c., deve connettersi causalmente all'evento dannoso, non potendo quest'ultimo essere pretermesso nella ricostruzione della serie causale giuridicamente rilevante, né potendosi collegare direttamente la condotta colposa del danneggiato con il danno da lui patito, con la conseguenza che non ogni esposizione a rischio da parte del danneggiato è idonea a determinarne un concorso giuridicamente rilevante, all'uopo occorrendo, al contrario, che tale condotta costituisca concreta concausa dell'evento dannoso (Sez. 3, n. 01295/2017, Graziosi, Rv. 642704-01). Sulla scorta di tale premessa, la Terza Sezione civile è giunta ad affermare che, in materia di spedizione, per via postale ordinaria, di un titolo di credito pagabile all'ordine, munito della clausola di non trasferibilità, ove il pagamento a soggetto non legittimato sia attribuibile a negligenza della banca negoziatrice, ai fini della valutazione comparativa dell'incidenza o meno della colpa del creditore-emittente nella determinazione del danno, da accertare in concreto e alla luce del principio di "causalità adeguata", non rilevano né il rischio

generico assunto dall'emittente nell'affidarsi al servizio postale ordinario, né le modalità con le quali è stato spedito il plico postale.

La condotta colposa del danneggiato che si ponga al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto rende irrilevante l'efficienza eziologica del fatto imputabile al danneggiante, ponendosi come causa esclusiva dell'evento di danno. Tale può rivelarsi, secondo **Sez. 3, n. 20312/2019, Fiecconi, Rv. 654924-01**, l'insanabile mancanza dello *jus aedificandi* della costruzione rispetto al danno da esondazione di una tubazione di raccolta dell'acqua piovana situata in prossimità dell'edificio, qualora l'abuso risulti avere aggravato la posizione di garanzia assegnata alla pubblica amministrazione nella custodia dei propri beni.

La quantificazione in misura percentuale del contributo colposo della vittima alla causazione del danno è rimessa all'accertamento del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se correttamente motivato (**Sez. 3, n. 33771/2019, Gorgoni, Rv. 656229-01**).

Sul versante processuale, nell'annualità in rassegna ha ricevuto ulteriore conferma il principio della rilevabilità d'ufficio del concorso di colpa del danneggiato, in forza del quale, una volta allegato, da parte del danneggiante o del debitore inadempiente, il fatto colposo del creditore danneggiato, il giudice, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., è tenuto a esaminare d'ufficio l'eventuale incidenza causale del comportamento colposo di quest'ultimo nella produzione dell'evento dannoso.

Importanti precisazioni sono state offerte, a riguardo, da **Sez. 3, n. 13592/2019, Rossetti, Rv. 654196-01**, la quale ha affermato che, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 1227, comma 1, c.c., la regola della rilevabilità d'ufficio va coordinata con la peculiarità del giudizio di legittimità in forza della quale non è possibile sollevare per la prima volta nel processo in cassazione questioni di diritto per la cui risoluzione siano necessari accertamenti di fatto. Difatti, poiché l'attribuzione al danneggiato di un concorso di colpa nella produzione dell'evento dannoso presuppone l'accertamento della condotta da questo tenuta, il quale integra un accertamento di fatto, non è consentito sollevare la suddetta questione in sede di legittimità, se nei gradi di merito non sia stata dedotta e provata la condotta che si assume colposa. Pertanto, il ricorrente deve prospettare nel ricorso, a pena di inammissibilità, ai sensi dell'art. 366, nn. 3 e 6, c.p.c., in quale atto e in quali termini quella condotta sia stata allegata e provata nei gradi di merito.

Per quanto concerne, infine, la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 1227 c.c., la declinazione del principio, costituente *ius receptum*, secondo il quale il dovere imposto da tale disposizione al danneggiato di tenere una condotta attiva diretta a limitare le conseguenze dannose dell'altrui comportamento non arriva a pretendere

il compimento di attività gravose implicanti rischi, ha portato alle seguenti implicazioni.

Secondo **Sez. 2, n. 23948/2019, Scarpa, Rv. 655358-01**, non può ravvisarsi il concorso di un fatto colposo del danneggiato, suscettibile di limitare la responsabilità dell'autore del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c., nel comportamento del committente che non si sia sostituito all'appaltatore nell'esecuzione di opere atte a limitare le conseguenze dei gravi difetti dell'opera oggetto di appalto.

Sez. 1, n. 03797/2019, Nazzicone, Rv. 652554-01, ha, invece, ribadito che non assurge a fatto colposo idoneo a ridurre il risarcimento del danno il mancato avvio, da parte del creditore danneggiato, di un'azione giudiziale volta a limitare il danno, così cassando la decisione di merito che aveva escluso il risarcimento dei pregiudizi derivanti dalla perdita della possibilità di sfruttamento commerciale di alcuni modelli ornamentali conseguente alla registrazione e alla successiva caduta in pubblico dominio di questi ultimi, in ragione del fatto che la relativa domanda era stata proposta dopo più di cinque anni dalla registrazione in parola.

Merita, infine, di essere segnalata **Sez. L, n. 23114/2019, Ghinoy, Rv. 655057-01**, la quale, dopo aver premesso che l'INPS risponde delle erronee comunicazioni della posizione contributiva rese all'assicurato, a seguito di specifica domanda di quest'ultimo, a titolo di responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c., ha precisato che il giudice può limitare il risarcimento dovuto nell'ipotesi in cui l'assicurato medesimo - non essendosi attivato per interrompere il processo produttivo dell'evento dannoso, così rassegnando le proprie dimissioni malgrado l'evidente erroneità, riscontrabile sulla base dell'ordinaria diligenza, dei dati contributivi a lui comunicati - abbia concorso al verificarsi del predetto evento.

5. La responsabilità solidale.

In continuità con un orientamento più che consolidato, la giurisprudenza dell'anno in rassegna ha ribadito il principio secondo il quale, affinché possa ritenersi configurabile la responsabilità solidale degli autori dell'illecito ai sensi dell'art. 2055 c.c., è necessario che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, ancorché le condotte lesive siano fra loro autonome e pure se diversi siano i titoli di responsabilità di ciascuna di tali persone ed anche nel caso in cui siano configurabili titoli di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, atteso che l'unicità del fatto dannoso considerata dalla norma suddetta deve essere riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come identità delle norme giuridiche da essi violate (**Sez. 3, n. 01070/2019, Scoditti, Rv. 652444-01**).

Non di meno, come precisato da **Sez. 3, n. 22524/2019, Vincenti, Rv. 655367-01**, la natura del titolo di responsabilità condiziona l'individuazione del termine di

durata della prescrizione per il quale, in caso di coincidenza tra fatto costituente reato e fatto determinativo dell'illecito civile, si applica la più lunga durata stabilita per il primo, in base all'art. 2947, ultimo comma, c.c. Su tale presupposto la Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva applicato alla CONSOB il termine di prescrizione più lungo stabilito per il fatto costituente reato, sebbene la medesima autorità fosse chiamata a rispondere in solido con le società autrici del reato soltanto a titolo di responsabilità civile extracontrattuale di natura omissiva a norma dell'art. 2043 c.c.

La diversità dei titoli di responsabilità non incide, invece, sull'interruzione del termine di prescrizione di volta in volta rilevante, essendo in tal caso applicabile la regola di cui all'art. 1310, comma 1, c.c., il quale rende l'atto interruttivo compiuto dal creditore contro uno dei debitori in solido efficace anche nei confronti degli altri debitori solidali. Lo si ricava da **Sez. 3, n. 22164/2019, Vincenti, Rv. 654937-01**, la quale, con riferimento ad un giudizio per risarcimento del danno da perdita di somme di denaro affidate da risparmiatori ad una società di intermediazione finanziaria, ha ritenuto operante nei confronti della CONSOB, responsabile per omessa vigilanza sull'operatore di mercato, l'effetto estensivo dell'interruzione della prescrizione compiuta mediante la costituzione di parte civile nel procedimento penale a carico dell'autore del fatto illecito.

L'ininfluenza, ai fini dell'operatività della regola della responsabilità solidale, dell'autonomia delle condotte lesive trova un limite nella necessità che l'obbligazione gravante su ciascuno degli autori sia di natura risarcitoria. Sviluppando tale assunto, **Sez. 3, n. 01573/2019, Scoditti, Rv. 652476-01**, ha escluso che l'art. 2055 c.c. trovi applicazione con riferimento al diritto di rivalsa del proprietario del sito inquinato nei confronti del soggetto responsabile dell'inquinamento per le spese sostenute nel caso in cui abbia spontaneamente provveduto alla bonifica ai sensi dell'art. 253, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 2006, dal momento che l'obbligazione di rimborso gravante sul responsabile è di contenuto indennitario ed *ex lege*.

Per quanto concerne i rapporti interni tra i corresponsabili e, in particolare, la rilevanza della gravità delle rispettive colpe ai fini del regresso, interessanti precisazioni sono state offerte da **Sez. 3, n. 11194/2019, Guizzi, Rv. 653775-01**, secondo cui, in tema di danni cagionati a terzi dall'esecuzione di opere appaltate, la regola per la quale risponde il solo appaltatore, ove abbia operato in autonomia con propria organizzazione e apprestando i mezzi a ciò necessari, e il solo committente, nel caso in cui si sia ingerito nei lavori con direttive vincolanti, che abbiano ridotto l'appaltatore al rango di *nudus minister*, mentre rispondono entrambi, in solido, qualora la suddetta ingerenza si sia manifestata attraverso direttive che abbiano soltanto ridotto l'autonomia dell'appaltatore, trova applicazione anche nei rapporti

interni tra le parti del contratto di appalto, nell'ipotesi in cui una di esse, sussistendo una responsabilità (esclusiva o concorrente) dell'altra, agisca in rivalsa. Sulla scorta di tale principio, la Corte ha ritenuto esente da critiche la sentenza che, in sede di rivalsa azionata dal committente nei confronti dell'appaltatore, aveva riscontrato, conformemente all'art. 1227, comma 2, c.c., una corresponsabilità del committente per aver condiviso la scelta operativa di demolire i muri perimetrali della struttura.

Ancora, a proposito di regresso, **Sez. 6-1, n. 25698/2019, Falabella, Rv. 655645-01**, ha chiarito che nel caso di obbligazione solidale di risarcimento del danno *ex* art. 2055 c.c. la prescrizione dell'azione di regresso di uno dei coobbligati decorre dall'avvenuto pagamento e non già dal giorno dell'evento dannoso, poiché il diritto al regresso, stante il disposto dell'art. 2935 c.c., non può essere fatto valere prima dell'evento estintivo dell'obbligazione.

Importanti puntualizzazioni sono state, inoltre, offerte da **Sez. 3, n. 28987/2019, Porreca, Rv. 655790-01**, la quale, in materia di rivalsa nella responsabilità sanitaria, ha affermato che nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017, nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico, la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., in quanto la struttura accetta il rischio connaturato all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale, a meno che dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile (e oggettivamente improbabile) devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione.

La responsabilità solidale è stabilita in favore del danneggiato, essendo volta a rafforzare la garanzia di soddisfacimento del credito risarcitorio, nell'ipotesi in cui l'illecito sia derivato da più azioni od omissioni. La *ratio* dell'art. 2055 c.c. è, dunque, coerente con il principio solidaristico di rilievo sovranazionale *vulneratus ante omnia reficiendus*, il quale impone in sede sostanziale l'interpretazione delle norme di legge che disciplinano l'assicurazione r.c.a. in modo coerente con la finalità di tutela della vittima e, in sede processuale, comporta che il giudice debba compiere ogni sforzo, nei limiti del principio dispositivo e dei poteri attribuitigli dall'ordinamento, per l'accertamento della verità e la liquidazione del danno patito dalla vittima. Lo stesso principio vige nei rapporti tra litisconsorti chiamati a rispondere del danno in via solidale, con la conseguenza che l'interesse dell'assicurato e del responsabile civile all'accertamento dell'obbligo solidale dell'assicuratore volto ad indennizzare il terzo danneggiato non può essere limitato, indipendentemente dall'esercizio dell'azione di regresso nei confronti dell'assicuratore o della richiesta di manleva da parte dell'assicurato.

In applicazione di tale principio **Sez. 3, n. 23621/2019, Fiecconi, Rv. 655490-01**, ha cassato con rinvio la sentenza impugnata la quale aveva dichiarato la carenza di interesse dei convenuti, conducente e proprietario del veicolo assicurato, a proporre appello avverso la pronuncia di prime cure con cui era stata esclusa la sussistenza di un corrispondente obbligo della compagnia di assicurazione a risarcire il danno subito dal terzo trasportato.

Nella medesima prospettiva, **Sez. 1, n. 19470/2019, Lamorgese, Rv. 654668-01**, ha precisato che, in tema di espropriazione per pubblica utilità, la transazione conclusa tra il Comune e il privato illegittimamente espropriato, in relazione ai danni cagionati dall'illegittima attività dell'impresa concessionaria del Comune, non elide la responsabilità solidale di quest'ultima verso il privato danneggiato, né implica un'assunzione di responsabilità esclusiva da parte del Comune, con la conseguenza che, in base alla clausola di manleva integrale contenuta nella convenzione tra il Comune e l'impresa concessionaria, essa è obbligata a tenere indenne l'ente locale da quanto dovuto al privato in relazione alla transazione.

A proposito della graduazione della responsabilità dei concorrenti in sede di regresso, **Sez. 3, n. 31066/2019, Gorgoni, Rv. 656137-02**, ha precisato che, qualora il danno sia imputabile a più persone, il giudice può fare ricorso alla presunzione di uguaglianza delle colpe di cui all'ultimo comma dell'art. 2055 c.c. solo in presenza di una situazione di dubbio oggettivo e reale, configurabile quando non sia possibile valutare neppure approssimativamente la misura delle singole responsabilità.

Per quanto concerne, infine, le ricadute sul piano processuale del principio di solidarietà dell'obbligazione risarcitoria in caso di illecito plurisoggettivo, va segnalata **Sez. 3, n. 14379/2019, Dell'Utri, Rv. 654091-01**, secondo la quale il principio per cui la domanda di risarcimento dei danni cumulativamente proposta nei confronti di più soggetti corresponsabili di un fatto illecito dà luogo, in sede di impugnazione, a cause scindibili, per effetto del vincolo di solidarietà passiva configurabile tra gli autori dell'illecito, soffre una parziale eccezione nell'ipotesi in cui l'accertamento della responsabilità di uno di essi presupponga necessariamente quello della responsabilità degli altri. In tal caso, infatti, dovendosi valutare il rapporto di subordinazione logica o di pregiudizialità tra le cause in relazione al contenuto delle censure proposte ed all'esito della lite, l'impugnazione della sentenza di condanna proposta dal responsabile originario per negare la propria responsabilità dà luogo ad una causa inscindibile rispetto a quella promossa nei confronti del responsabile "di riflesso", che in caso di accoglimento del gravame si troverebbe altrimenti a rispondere da solo del fatto commesso da un altro soggetto. Sulla scorta di tali premesse, la Corte ha ritenuto immune da censure la pronuncia di appello che, nel confermare la sentenza con la quale la società concessionaria di un tratto autostradale era stata ritenuta esclusiva responsabile, ai sensi dell'art. 2051

c.c., dei danni sofferti da un automobilista in conseguenza di un sinistro provocato da una lastra di ghiaccio, non aveva disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri conducenti coinvolti nell'incidente ed evocati nel giudizio primo grado, avendo la società concessionaria fondato il gravame sulla sola insussistenza della propria responsabilità, senza attribuire rilevanza, neanche in termini di concausalità, al contributo degli altri automobilisti nella produzione dell'evento.

Merita, inoltre, di essere segnalata **Sez. 6-3, n. 16143/2019, Scrima, Rv. 654314-01**, la quale ha stabilito che il trasportato su un veicolo a motore che abbia patito danni in conseguenza di un sinistro ascrivibile alla responsabilità tanto del vettore, quanto del titolare di un terzo veicolo, affinché possa pretendere il risarcimento integrale da uno qualsiasi tra i due responsabili (e dai loro assicuratori della r.c.a.) o da entrambi, in virtù del principio generale della solidarietà tra i coautori di un fatto illecito di cui all'art. 2055 c.c., deve indicare la propria qualità di trasportato nella *causa petendi* della domanda risarcitoria, allegando che, proprio in quanto trasportato, ha diritto all'integrale risarcimento e può chiederlo a sua scelta a ciascuno dei responsabili.

In ultimo, va data evidenza a **Sez. 3, n. 31066/2019, Gorgoni, Rv. 656137-01**, secondo la quale, nel caso in cui la parte convenuta chiami in causa un terzo in qualità di corresponsabile dell'evento dannoso, la richiesta risarcitoria deve intendersi estesa al medesimo terzo anche in mancanza di un'espressa dichiarazione in tal senso dell'attore, poiché la diversità e pluralità delle condotte produttive dell'evento dannoso non dà luogo a distinte obbligazioni risarcitorie, non mutando l'oggetto del giudizio; un'esplicita domanda dell'attore è, invece, necessaria quando la chiamata del terzo si fonda sulla deduzione di un rapporto sostanziale differente da quello invocato dall'attore nei confronti del convenuto. Sulla scorta di tale principio, la Corte ha ritenuto la domanda risarcitoria proposta contro l'ente comunale, convenuto quale custode *ex art.* 2051 c.c. di una strada pubblica, automaticamente estesa al terzo ente provinciale, chiamato ai sensi dell'art. 2043 c.c., in considerazione dell'unicità del fatto costitutivo delle due responsabilità, del diritto soggettivo al risarcimento del danno e dell'azione a favore del danneggiato.

6. Il danno patrimoniale.

6.1. La determinazione del danno risarcibile.

Le numerose pronunce in materia di danno patrimoniale emesse nell'anno in rassegna mostrano nettamente la persistente adesione dei giudici di legittimità al modello teorico, da tempo condiviso dalla giurisprudenza maggioritaria, c.d. eziologico, alla stregua del quale il danno risarcibile deve essere individuato nelle conseguenze pregiudizievoli, ossia nelle perdite, patrimoniali o non patrimoniali,

collegate all'evento dannoso o all'inadempimento mediante un nesso di causalità giuridica, necessitante di specifica allegazione e dimostrazione (Sez. U, n. 26972/2008, Preden, Rv. 605494-01; Sez. 3, n. 21255/2013, Travaglino, Rv. 628703-01; Sez. 3, n. 21619/2007, Travaglino, Rv. 599816-01).

Significativa di tale univoca tendenza è, in particolare, **Sez. 3, n. 22857/2019, Guizzi, Rv. 655090-01**, secondo la quale nell'illecito civile la ricostruzione del nesso di derivazione eziologica esistente tra la condotta del danneggiante e l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria implica la scomposizione del giudizio causale in due autonomi e consecutivi segmenti: il primo è volto ad identificare il nesso di causalità materiale o "di fatto" che lega la condotta all'evento di danno; il secondo è, invece, diretto ad accertare, secondo la regola dell'art. 1223 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.), il nesso di causalità giuridica che lega tale evento alle conseguenze dannose risarcibili. In applicazione di tale consolidato principio, la Corte ha respinto il ricorso avverso la sentenza di merito che - pur riconoscendo in capo al ricorrente una minima quota di corresponsabilità nella causazione dell'evento, costituito da sinistro stradale - aveva integralmente posto a suo carico - quali conseguenze dannose risarcibili - i pregiudizi materiali subiti dal veicolo antagonista.

Una delle più vistose eccezioni al canone dell'integrale riparazione del danno che ispira l'approccio ermeneutico in esame è rappresentata dalla regola di delimitazione del danno risarcibile sancita dall'art. 1225 c.c., la quale, nella sola materia del danno conseguente all'inadempimento, limita il risarcimento a quello che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Sulla portata di tale disposizione si è espressa **Sez. 2, n. 29566/2019, Criscuolo, Rv. 656187-01** la quale, rifacendosi ad un orientamento già espresso dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. L, n. 17460/2014, Arienzo, Rv. 631909-01; Sez. 2, n. 16763/2011, San Giorgio, Rv. 618742-01; Sez. 3, n. 11189/2007, Durante, Rv. 596454-01; Sez. 3, n. 15559/2004, Segreto, Rv. 576172-01; Sez. 3, n. 18239/2003, Di Nanni, Rv. 568542-01), ha ribadito che, in tema di risarcimento del danno da inadempimento, l'imprevedibilità, alla quale fa riferimento l'art. 1225 c.c., non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare, determinando, infatti, la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente a una determinata categoria di rapporti, sulla scorta delle regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute. Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva esaurientemente dato conto delle motivazioni alla base della valutazione della prevedibilità del danno da lucro cessante, consistente nella perdita dell'incremento di valore di mercato, rispetto al prezzo di acquisto versato dall'acquirente per un'opera d'arte risultata, a seguito di

accertamento tecnico d'ufficio, non autentica, di un quadro autentico dello stesso pittore, avente le medesime caratteristiche di quello risultato falso, valorizzando, tra l'altro, la circostanza che era stato lo stesso appellante ad assicurare che l'opera con il tempo avrebbe acquistato maggiore valore, essendo l'artista esponente del movimento dell'Arte Povera, affermazione che denotava la prevedibilità del significativo incremento di valore dell'opera.

In linea con il principio di integrale riparazione del danno e con l'approccio teorico causalista (per il quale si vedano, tra le più significative, Sez. 3, n. 07389/1987, Varrone, Rv. 455412-01; Sez. 2, 09740/2002, Elefante, Rv. 555535-01; Sez. 3, n. 18515/2009, Amendola, Rv. 609211-01; Sez. 3, n. 22826/2010, Amendola, Rv. 615830-01), le decisioni che nell'anno in rassegna hanno contribuito a delineare la nozione di danno emergente hanno ribadito che il risarcimento del danno ha la funzione di porre il patrimonio del danneggiato nello stesso stato in cui si sarebbe trovato senza l'evento lesivo e, quindi, trova presupposto e limite nell'effettiva perdita subita da quel patrimonio in conseguenza del fatto stesso.

In tale prospettiva, **Sez. 3, n. 16585, Scrima, Rv. 654431-01**, dando continuità ad un risalente, ma non superato, *dictum* (Sez. 3, n. 00937/1972, Cusani, Rv. 357203-01), ha precisato che è configurabile il danno da deprezzamento di una cosa anche quando questa rimanga in proprietà ed in godimento del medesimo soggetto, costituendo il deterioramento della consistenza fisica o giuridica della stessa un danno emergente, in quanto la diminuzione di valore venale che esso comporta non può non rappresentare un decremento patrimoniale a prescindere dalla sua diretta ed immediata monetizzazione. Tale pregiudizio, ha, inoltre, chiarito la Corte, non è *in re ipsa*, né può qualificarsi come danno punitivo.

Sulla medesima linea si è posta **Sez. 3, n. 25418/2019, Cigna, Rv. 655178-01**, la quale, sviluppando le riflessioni presenti in Sez. 2, n. 23157/2013, Manna F., Rv. 628294-01, ha affermato che nella vendita di immobili destinati ad abitazione, l'inadempimento dell'obbligo, gravante sul venditore-costruttore, di consegnare all'acquirente il certificato di abitabilità è *ex se* foriero di danno emergente, per il minor valore di scambio del bene che da ciò consegue; tale danno, ove accertato nell'*an*, è suscettibile di essere liquidato dal giudice in via equitativa, essendo obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, provarne il preciso ammontare. La consegna del certificato di abitabilità dell'immobile oggetto di compravendita, ove questo sia un appartamento da adibire ad abitazione, pur non costituendo di per sé condizione di validità del contratto, integra un'obbligazione incombente sul venditore ai sensi dell'art. 1477 c.c., attenendo ad un requisito essenziale della cosa venduta, in quanto incidente sulla possibilità di adibire legittimamente la stessa all'uso contrattualmente previsto. Pertanto, la mancata consegna del certificato di abitabilità implica un inadempimento che, sebbene non

sia tale da dare necessariamente luogo a risoluzione del contratto, può comunque essere fonte di un danno risarcibile, configurabile anche nel solo fatto di aver ricevuto un bene che presenta problemi di commerciabilità, essendo al riguardo irrilevante la concreta utilizzazione ad uso abitativo da parte dei precedenti proprietari. Grava sul venditore l'obbligo di curare la richiesta e sostenere le spese necessarie a conseguire il certificato di agibilità e l'inosservanza di tale obbligo integra un inadempimento *ex se* foriero di danno emergente, perché costringe l'acquirente a provvedere in proprio ovvero a ritenere l'immobile tal quale, cioè con un valore di scambio inferiore a quello che esso diversamente avrebbe, a prescindere dalla circostanza che il bene sia alienato o comunque destinato all'alienazione a terzi.

Nel 2019 numerose sono state le decisioni sulla *compensatio lucri cum damno* che hanno fatto applicazione dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nelle sentenze n. 12564/2018, Giusti, Rv. 648647-01, n. 12565/2018, Giusti, Rv. 648648-01, n. 12566/2018, Giusti, Rv. 648649-01, n. 12567/2018, Giusti, Rv. 648650-01, le quali, nel risolvere le questioni di massima di particolare importanza ed oggetto di contrasto rimesse dalla Terza Sezione civile con le ordinanze n. 15534/2017, n. 15535/2017, n. 15536/2017 e n. 15537/2017, hanno, rispettivamente, stabilito che:

1) dal risarcimento del danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui non deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità accordata dall'Inps al familiare superstite in conseguenza della morte del congiunto, trattandosi di una forma di tutela previdenziale connessa ad un peculiare fondamento solidaristico e non geneticamente connotata dalla finalità di rimuovere le conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito del terzo (Rv. 648647-01);

2) nell'assicurazione contro i danni, il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto, in quanto detta indennità è erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dall'assicurato in conseguenza del verificarsi dell'evento dannoso ed essa soddisfa, neutralizzandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo autore del fatto illecito (Rv. 648648-01);

3) l'importo della rendita per l'inabilità permanente, corrisposta dall'INAIL per l'infortunio "*in itinere*" occorso al lavoratore, va detratto dall'ammontare del risarcimento dovuto, allo stesso titolo, al danneggiato da parte del terzo responsabile del fatto illecito, in quanto essa soddisfa, neutralizzandola in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo al quale sia addebitabile l'infortunio, salvo il diritto del lavoratore di agire nei

confronti del danneggiante per ottenere l'eventuale differenza tra il danno subito e quello indennizzato (Rv. 648649-01);

4) Dall'ammontare del danno subito da un neonato in fattispecie di colpa medica, e consistente nelle spese da sostenere vita natural durante per l'assistenza personale, deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento che la vittima abbia comunque ottenuto dall'ente pubblico, in conseguenza di quel fatto, essendo tale indennità rivolta a fronteggiare ed a compensare direttamente il medesimo pregiudizio patrimoniale causato dall'illecito, consistente nella necessità di dover retribuire un collaboratore o assistente per le esigenze della vita quotidiana del minore reso disabile per negligenza al parto (Rv. 648650-01).

In continuità con il principio sub 3), **Sez. 3, n. 16580/2019, Scarano, Rv. 654558-01**, ha stabilito che le somme che l'ente gestore di assicurazione sociale - nella specie, l'Inps - abbia liquidato al danneggiato a titolo di rendita per l'invalidità civile vanno detratte dall'ammontare dovuto, allo stesso titolo, dal responsabile civile al medesimo danneggiato, giacché quest'ultimo verrebbe altrimenti a conseguire un importo maggiore di quello cui ha diritto.

In termini analoghi si è espressa **Sez. 3, n. 14362/2019, Guizzi, Rv. 654202-01**, evidenziando che la rendita vitalizia in favore del coniuge superstite del lavoratore vittima di un infortunio *in itinere*, così come quella temporanea liquidata ai figli, assolve ad una funzione di "anticipo" del ristoro del danno da perdita degli apporti economici garantiti dal familiare deceduto e va, quindi, detratta dall'ammontare del risarcimento dovuto, allo stesso titolo, da parte del terzo responsabile del fatto illecito ai congiunti, i quali, di conseguenza, hanno diritto ad ottenere l'importo residuo, nel caso in cui il danno liquidato sia stato soltanto in parte coperto dalla predetta prestazione assicurativa, e non somme ulteriori.

Merita, altresì, di essere segnalata **Sez. 3, n. 04734/2019, Cirillo F.M., Rv. 652834-01**, la quale ha precisato che in tema di danno patrimoniale patito dalla vittima di un illecito, dall'ammontare del risarcimento deve essere detratto il valore capitale dell'assegno di invalidità erogato dall'INPS, attese la funzione indennitaria assolta da tale emolumento e la possibilità per l'ente previdenziale di agire in surrogazione nei confronti del terzo responsabile o del suo assicuratore (principio affermato in relazione all'assegno ordinario di invalidità corrisposto, *ex art. 1 della l. n. 222 del 1984*, dall'INPS alla vittima di un incidente stradale).

Ancora, **Sez. 3, n. 18050/2019, D'Arrigo, Rv. 654357-01**, ha affermato che in caso di sinistro che comporti la perdita totale o parziale, temporanea o definitiva, della capacità lavorativa, il danneggiato non può cumulare la prestazione previdenziale che abbia eventualmente percepito (a titolo di indennità di malattia o di pensione di invalidità) con l'integrale risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante, essendo entrambe le poste finalizzate al ristoro della lesione del

medesimo bene della vita (vale a dire, la capacità di produrre reddito), sicché, nel caso in cui l'ente previdenziale abbia corrisposto a tale titolo un'indennità al danneggiato, di quest'importo si dovrà tenere conto nella liquidazione del pregiudizio posto, sul piano risarcitorio, a carico del danneggiante.

Nella medesima prospettiva **Sez. L, n. 06269/2019, Patti, Rv. 653182-01**, ha precisato che in tema di responsabilità del datore di lavoro per gli infortuni sul lavoro, il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto (nella specie rendita Inail, pensione privilegiata ed incentivo all'esodo agevolato), in quanto tale indennità è erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dall'assicurato in conseguenza del verificarsi dell'evento dannoso ed essa soddisfa, neutralizzandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità del terzo autore del fatto illecito.

Ad avviso di **Sez. 3, n. 04309/2019, Positano, Rv. 652747-01**, in caso di responsabilità per contagio da virus HBV, HIV o HCV a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto, opera la *compensatio lucri cum damno* fra l'indennizzo ex l. n. 210 del 1992 e il risarcimento del danno anche laddove solo in apparenza non sussista coincidenza fra il danneggiante e il soggetto che eroga la provvidenza - nella specie, rispettivamente, Azienda Sanitaria Locale e Regione Umbria -, allorquando possa comunque escludersi che, per effetto del diffalco, si determini un ingiustificato vantaggio per il responsabile, benché la l. n. 210 del 1992 non preveda un meccanismo di surroga e rivalsa sul danneggiante in favore di chi abbia erogato l'indennizzo.

Ancora, **Sez. 3, n. 02550/2019, Porreca, Rv. 652485-01**, ha stabilito che l'importo della rendita per l'inabilità permanente corrisposta dall'INAIL per l'infortunio *in itinere* occorso al lavoratore va detratto dalle somme in concreto dovute a quest'ultimo, allo stesso titolo, dal terzo responsabile del fatto illecito (in applicazione di tale principio, la Corte ha confermato la decisione di merito che aveva operato la detrazione della rendita riconosciuta dall'INAIL sull'ammontare del risarcimento del danno già ridotto in ragione dell'accertato concorso di colpa del danneggiato).

Deve essere, infine, menzionata **Sez. 6-3, n. 01002/2019, Cirillo F.M., Rv. 652093-01**, la quale ha chiarito che nel caso in cui un militare, a seguito dell'esposizione all'uranio impoverito durante una missione internazionale, abbia contratto una patologia tumorale, dal risarcimento del danno deve essere detratto, in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, l'indennizzo già erogatogli ai sensi dell'art. 2, commi 78 e 79, della l. n. 244 del 2007 (*ratione temporis* applicabile), trattandosi di una elargizione avente finalità compensativa ed essendo

posta a carico del medesimo soggetto (Amministrazione statale) obbligato al risarcimento del danno.

In continuità con il principio enunciato da Sez. U, n. 12566/2018, Giusti, Rv. 648649-01, si è, invece, posta **Sez. 6-3, n. 26647/2019, Rossetti, Rv. 655423-02**, per la quale, in caso di infortunio mortale occorso ad un lavoratore, la rendita costituita dall'INAIL in favore dei congiunti, ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. n. 1124 del 1965, ha lo scopo di indennizzare un pregiudizio di natura patrimoniale, sicché il valore capitale di essa non può essere defalcato dal risarcimento del danno non patrimoniale spettante ai medesimi soggetti.

6.2. Allegazione e prova del danno patrimoniale.

Anche nell'annualità in rassegna sul tema dell'allegazione e della prova del danno-conseguenza si sono registrate pronunce di segno contrario.

Accanto all'indirizzo maggioritario (per il quale si vedano, tra le più recenti, Sez. 3, n. 13071/2018, Graziosi, Rv. 648709-01, Sez. 3, n. 31233/2018, Iannello, Rv. 651942-01; Sez. 2, n. 10362/2018, Fortunato, Rv. 648354-01; Sez. 6-2, n. 05613/2018, Orilia, n. 647991-01; Sez. 2, n. 11829/2018, Criscuolo, Rv. 648497-01), secondo il quale il danno deve essere inteso, appunto, come conseguenza, ossia come perdita, patrimoniale o non patrimoniale, collegata all'evento dannoso mediante un nesso di causalità giuridica, necessitante di specifica allegazione e dimostrazione (Sez. U, n. 26972/2008, Preden, Rv. 605494-01), continua, infatti, a coesistere l'orientamento che, invece, in relazione a determinate fattispecie, reputa configurabile il danno *in re ipsa*, ossia un pregiudizio risarcibile coincidente con lo stesso evento dannoso risultante dalla lesione dell'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e, quindi, non necessitante di prova (Sez. 2, n. 20545/2018, Federico, Rv. 649998-01; Sez. 2, n. 21239/2018, Falaschi, Rv. 650352-01; Sez. 2, n. 17460/2018, Scarpa, Rv. 649269-01; Sez. 2, n. 21501/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 650315-02; Sez. 1, n. 29990/2018, Sambito, Rv. 651590-01).

In linea con tale ultimo approccio ermeneutico, **Sez. 6-2, n. 12630/2019, Picaroni, Rv. 653643-01**, ha affermato che la lesione del diritto di proprietà, conseguente all'esercizio abusivo di una servitù di veduta, è di per sé produttiva di un danno, il cui accertamento non richiede, pertanto, una specifica attività probatoria e per il risarcimento del quale il giudice deve procedere ai sensi dell'art. 1226 c.c., adottando eventualmente, quale parametro di liquidazione equitativa, una percentuale del valore reddituale dell'immobile, la cui fruibilità sia stata temporaneamente ridotta.

In argomento, merita, altresì, di essere segnalata **Sez. 2, n. 20708/2019, Carrato, Rv. 654984-02**, secondo cui, in tema di mancata riconsegna di un'area

demaniale, oggetto di concessione non rinnovata alla scadenza ovvero revocata, il danno è da ritenersi sussistente *in re ipsa* e va commisurato al presumibile valore locativo dell'immobile illegittimamente occupato, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità, anche solo potenzialmente ricavabile dal bene stesso; ne consegue che trova applicazione, in via analogica, il criterio di valutazione previsto dall'art. 1591 c.c., espressione di un principio riferibile a tutti i tipi di contratto con i quali viene concessa l'utilizzazione di un bene dietro corrispettivo, allorché il concessionario lo continui a utilizzare oltre il termine finale del rapporto senza averne più il titolo.

Va, infine, data evidenza a **Sez. 2, n. 30549/2019, Casadonte, Rv. 656207-01**, che ha confermato il principio, enunciato da Sez. 1, n. n. 29990/2018, Sambito, Rv. 651590-01, secondo cui in caso di occupazione illegittima di un immobile è ravvisabile, secondo una presunzione *iuris tantum*, l'esistenza di un danno connesso alla perdita di disponibilità del bene ed all'impossibilità di conseguire la relativa utilità; in conseguenza di un simile spossessamento non sussiste uno specifico criterio di legge che indichi in qual modo il danno debba essere liquidato, ed occorre provvedere ad una stima equitativa, potendo anche utilizzarsi il criterio degli interessi legali calcolati sul prezzo di cessione volontaria del bene, quando esso non conduca ad una quantificazione del danno manifestamente incongrua in considerazione del caso concreto.

In senso contrario si è, invece, espressa **Sez. 3, n. 11203/2019, Olivieri, Rv. 653590-01**, secondo la quale, nel caso di occupazione illegittima di un immobile, il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi, così, in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite della S.C. (sent. n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico (Sez. U, n. 16601/2017, D'Ascola, Rv. 644914-01) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost.; ne consegue che il danno da occupazione *sine titulo*, in quanto particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dall'allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto. In applicazione del principio, la Corte, in fattispecie relativa a richiesta di risarcimento danni per trasloco di mobilio e trasferimento degli abitanti in altro alloggio, ha confermato la sentenza secondo cui difettava la prova del danno - qualificato come emergente - avendo i ricorrenti invocato un obbligo di liquidazione

in re ipsa, attraverso il criterio equitativo del valore locativo dell'immobile, anziché provare nell'*an* e nel *quantum* le conseguenze negative derivanti, di regola, dallo spossessamento).

In termini non dissimili, **Sez. 6-2, n. 07871/2019, Criscuolo, Rv. 653382-01**, ha precisato che non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno derivante dalla privazione del possesso di un immobile (nella specie, tre posti auto all'interno di un cortile condominiale) in modo violento o clandestino (che si configura come fatto illecito) nel caso in cui la parte non abbia fornito la prova dell'esistenza e dell'entità materiale del pregiudizio e la domanda non sia limitata alla richiesta della sola pronuncia sull'*an debeat*, non essendo allora ammissibile il ricorso al potere officioso di liquidazione equitativa del danno.

Ancora, **Sez. 3, n. 23987/2019, Iannello, Rv. 655032-01**, ha affermato che in caso di risoluzione del contratto di locazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile alle parti (nella specie per lo stato di inagibilità dell'immobile conseguente ad evento sismico), non trova applicazione l'art. 1591 c.c. - non essendo configurabile il godimento, anche di mero fatto, dei beni già locati e la possibilità di una utilizzazione diretta o di un reimpiego da parte del locatore dei beni stessi nel periodo tra la cessazione del contratto e la effettiva riconsegna - ma la disciplina generale dettata dall'art. 1463 c.c. Ne consegue che il locatore è tenuto, per far valere il diritto alla restituzione del bene, a formulare apposita domanda - valendo essa a rendere imputabile al conduttore il ritardo - e, per ottenere il risarcimento del danno per ritardata restituzione, a dare prova di aver subito un effettivo pregiudizio dalla mancata disponibilità dell'immobile, non potendo tale pregiudizio ritenersi sussistente *in re ipsa*.

Anche alcune pronunce in materia di risarcimento del danno da demansionamento del lavoratore dipendente si sono rivelate coerenti con tale orientamento.

Dando seguito ad un indirizzo ormai risalente (tra cui si vedano, Sez. U, n. 06572/2006, La Terza, Rv. 587370-01; Sez. L, n. 04652/2009, di Cerbo, Rv. 607168-01; Sez. L, n. 19778/2014, Venuti, Rv. 632886-01; Sez. L, n. 25743/2018, Cinque, Rv. 651145-01), la Sezione Lavoro ha ribadito che il danno derivante da demansionamento e dequalificazione professionale non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale, ma può essere provato dal lavoratore ai sensi dell'art. 2729 c.c., attraverso l'allegazione di elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti, potendo a tal fine essere valutati la qualità e la quantità dell'attività lavorativa svolta, il tipo e la natura della professionalità coinvolta, la durata del demansionamento, la diversa e nuova collocazione lavorativa assunta dopo la prospettata dequalificazione (**Sez. L, n. 00021/2019, Cinque, Rv. 652445-01; Sez. L, n. 19923/2019, Pagetta, Rv. 654787-02**).

6.3. Il danno patrimoniale futuro.

Nel corso dell'annualità in esame le decisioni in materia di danno patrimoniale futuro si sono attestate sulle soluzioni interpretative elaborate dalla giurisprudenza precedente.

Riaffermando un principio più volte enunciato (per il quale si veda, tra le altre, Sez. 3, n. 10499/2017, Chiarini, Rv. 644007-01), **Sez. 3, n. 16913/2019, Graziosi, Rv. 654432-02**, ha chiarito che il danno patrimoniale futuro da perdita della capacità lavorativa specifica, in applicazione del principio dell'integralità del risarcimento sancito dall'artt. 1223 c.c., deve essere liquidato moltiplicando il reddito perduto per un adeguato coefficiente di capitalizzazione, utilizzando quali termini di raffronto, da un lato, la retribuzione media dell'intera vita lavorativa della categoria di pertinenza, desunta da parametri di rilievo normativi o altrimenti stimata in via equitativa, e, dall'altro, coefficienti di capitalizzazione di maggiore affidamento, in quanto aggiornati e scientificamente corretti, quali, ad esempio, quelli approvati con provvedimenti normativi per la capitalizzazione delle rendite previdenziali o assistenziali oppure quelli elaborati specificamente nella materia del danno aquiliano. Nella specie, la Corte ha cassato la decisione impugnata, che aveva determinato la quota di reddito perduto da un avvocato, esercente da cinque anni la professione, sulla base dell'imponibile fiscale dichiarato dal danneggiato nell'anno del sinistro, considerandola parametro costante nel tempo, senza considerare il prevedibile progressivo incremento reddituale che, notoriamente, caratterizza tale attività, moltiplicandola, poi, per il coefficiente di capitalizzazione tratto dalla tabella allegata al r.d. n. 1403 del 1922, sebbene ancorata a dati non più attuali.

6.4. Il danno patrimoniale da perdita di *chance*.

Il sintagma "perdita di *chance*" è stato utilizzato dalla Corte, nell'anno in rassegna, per designare, in funzione descrittiva, pregiudizi patrimoniali, che, per non innestarsi su una situazione di insuperabile incertezza (secondo i parametri messi a punto, da ultimo, da **Sez. 3, n. 28993/2019, Valle, Rv. 655791-01**), in realtà definiscono un vero e proprio danno da lucro cessante. In **Sez. 3, n. 30502/2019, Cricenti, Rv. 655837-02**, in materia di tardiva ed incompleta trasposizione nell'ordinamento interno delle direttive CEE relative al compenso in favore dei medici ammessi ai corsi di specializzazione universitari, si è richiesto, ai fini del riconoscimento di un danno da perdita di *chance*, ulteriore a quello parametrato sull'art. 11 della l. n. 370 del 1999, un onere di allegazione incentrato sull'individuazione puntuale delle occasioni favorevoli in concreto perdute in ragione della mancata possibilità di ottenere un titolo conforme alle caratteristiche imposte dal diritto comunitario, e non già sulla mera deduzione dell'impossibilità di

utilizzazione del titolo in astratto. La categoria della perdita di *chance* è stata, inoltre, applicata anche al danno da irragionevole durata del processo, avendo **Sez. 2, n. 07570/2019, Oliva, Rv. 653151-01**, osservato che, in tale fattispecie, è risarcibile anche questo tipo di pregiudizio, purché esso non si risolva in una mera aspettativa di fatto, ma presenti i caratteri di un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione da parte del giudice di merito, al quale la parte istante ha l'onere di fornire la prova puntuale dell'esistenza di detta posta, pure in via presuntiva, mediante un criterio probabilistico (nella specie, la S.C. ha escluso, altresì sotto il profilo della perdita di *chance*, che costituissero danno derivante dalla eccessiva durata del giudizio presupposto quello dovuto alla sopravvenuta ammissione al concordato preventivo del debitore, cui era conseguita, in applicazione delle regole di tale procedura, la falcidia del credito vantato dai ricorrenti).

7. Il risarcimento in forma specifica.

Nel corso del 2019 ha ricevuto ulteriore conferma il risalente e, ormai consolidato (Sez. U, n. 05113/1995, Meriggiola, Rv. 492203-01; Sez. 1, n. 10694/1997, Grieco, Rv. 509394-01; Sez. 2, n. 11744/2003, Elefante, Rv. 565602-01; n. 00866/2007; Sez. U, n. 10499/2016, Didone, Rv. 639689-01; Sez. 2, n. 001607/2017, Giusti, Rv. 642472-01) principio secondo il quale la tutela riservata ai diritti reali non consente l'applicabilità dell'art. 2058 c.c. nel caso di azioni volte a far valere uno di tali diritti, atteso il carattere assoluto degli stessi, salvo che sia la stessa parte danneggiata a chiedere la condanna per equivalente (**Sez. 2, n. 16611/2019, Dongiacomo, Rv. 654338-01**).

Tale soluzione ermeneutica muove dalla duplice considerazione per la quale, per un verso, non possono ritenersi applicabili i limiti inerenti alla regolamentazione del risarcimento del danno alla tutela reale che, oltre a trovare la propria disciplina specifica negli artt. 948 e 949 c.c., esige la rimozione del fatto lesivo; per altro verso, la reintegrazione in forma specifica *ex* art. 2058 c.c. deve essere ricondotta nella tutela risarcitoria, deponendo in tal senso argomenti fondati sulla collocazione della norma, sulla sua portata letterale e su una nozione di danno ampia, cioè non riferibile al solo nocimento di natura patrimoniale, ma anche all'alterazione, sul piano fenomenico, come conseguenza dell'atto illecito, dell'integrità e della consistenza del bene.

Come, infine, precisato da **Sez. U, n. 12589/2019, Acierno, Rv. 653934-01**, l'esperibilità della tutela risarcitoria *ex* art. 2058 c.c. incontra un limite nell'emanazione, da parte della P.A. di un decreto di asservimento di un'area in proprietà privata sulla quale sia in corso una occupazione illegittima. Tale

provvedimento amministrativo determina, in particolare, l'improcedibilità della domanda di risarcimento in forma specifica proposta dal privato al fine di ottenere la rimozione delle opere eseguite, salva l'avvenuta formazione del giudicato sul diritto alla restituzione del bene, ma non anche della domanda risarcitoria dal medesimo avanzata in relazione all'occupazione del fondo dall'origine sino all'emanazione del detto decreto, atteso l'effetto conformativo prodotto *ex nunc* sulla situazione giuridica soggettiva incisa da tale provvedimento ablatorio.

8. Il danno non patrimoniale.

8.1. Nozione e caratteri del danno non patrimoniale.

Riepiloga efficacemente i requisiti del danno non patrimoniale risarcibile alla stregua dell'art. 2059 c.c. **Sez. 6-L, n. 29206/2019, Esposito, Rv. 655757-01**, secondo cui il danno non patrimoniale derivante dalla lesione dei diritti inviolabili della persona è risarcibile a condizione che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale; che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale; che il danno non sia futile, ovvero non consista in meri disagi o fastidi, e che, infine, vi sia specifica allegazione del pregiudizio, non potendo assumersi la sussistenza del danno *in re ipsa* (nella specie, è stata esclusa la risarcibilità del danno conseguente al ritardato adempimento di un giudicato consistente nella riliquidazione, e non nell'attribuzione, di un trattamento pensionistico, senza pregiudizio per il soddisfacimento dei bisogni primari della persona, in difetto, peraltro, di allegazione e prova di ricadute sulla qualità della vita di gravità tale da assurgere a intollerabili lesioni della dignità umana, come tali meritevoli di ristoro ulteriore rispetto agli interessi dovuti per il ritardo). L'importanza della lesione di un diritto (inviolabile) costituzionalmente garantito, ascrivibile alla persona del danneggiato in quanto tale, è stata sottolineata da **Sez. 3, n. 06598/2019, Rubino, Rv. 652847-01**, la quale, in tema di risarcimento del danno nei rapporti intra-familiari, ha ammesso che la violazione del dovere di fedeltà derivante dal matrimonio possa dar luogo, oltre che all'addebito della separazione (e indipendentemente da questo), anche al risarcimento dei danni non patrimoniali *ex art. 2059 c.c.*, sempre che la condizione di afflizione indotta nel coniuge superi la soglia della tollerabilità e si traduca, per le sue modalità o per la gravità dello sconvolgimento che provoca, nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto, quale, in ipotesi, quello alla salute o all'onore o alla dignità personale (nella specie, la S.C ha confermato la sentenza che aveva escluso non solo, in radice, che la violazione del dovere di fedeltà fosse stata causa della separazione, avendo la moglie svelato al marito il tradimento solo mesi dopo la separazione, ma anche che il tradimento, per le sue modalità, avesse recato un

apprezzabile pregiudizio all'onore o alla dignità del coniuge, in quanto non noto neppure nell'ambiente circostante e di lavoro e comunque non posto in essere con modalità lesive della dignità della persona). La “fisionomia” del danno non patrimoniale mantiene tali sue peculiari caratteristiche anche nel quadro di un'azione di classe, promossa ai sensi dell'art. 140 *bis* del d. lgs. n. 206 del 2005, la quale richiede, pertanto, l'allegazione e prova non solo dei requisiti della rilevanza costituzionale degli interessi lesi, della gravità della relativa lesione e della non futilità dei danni, ma anche dei profili concreti dei pregiudizi lamentati, capaci di valorizzarne i tratti condivisi da tutti i membri della classe, non personalizzabili in relazione a singoli danneggiati bensì accomunati da caratteristiche tali da giustificare tanto l'apprezzamento seriale quanto la gestione processuale congiuntamente rivendicata (così **Sez. 3, n. 14886/2019, Dell'Utri, Rv. 654207-01**).

Un ruolo di primo piano nella giurisprudenza della Corte di Cassazione del 2019 in tema di danno non patrimoniale compete sicuramente al danno da perdita (o lesione) del rapporto parentale. La risarcibilità di tale pregiudizio è legata alla prova dell'intensità della relazione affettiva con la vittima “primaria” dell'illecito. E così, mentre **Sez. 3, n. 05807/2019, Guizzi, Rv. 652841-01**, ha avallato il ragionamento della sentenza di merito, che aveva negato qualsivoglia risarcimento ai fratelli della vittima di un incidente stradale, rimasta invalida all'85%, proprio in considerazione della mancanza della prova dell'intensità della relazione affettiva con la stessa; **Sez. 3, n. 28222/2019, Valle, Rv. 655783-01**, ha sottolineato come il risarcimento del danno non patrimoniale per la morte del coniuge separato solo “di fatto” possa essere accordato al coniuge superstite, purché si accerti che tra questo e la vittima sussistesse ancora - nonostante la separazione (ancorché non legalmente pronunciata) - un vincolo affettivo particolarmente intenso (in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza che aveva escluso il diritto della moglie al risarcimento del danno per l'uccisione del marito, il quale, pur senza addivenire alla separazione legale, aveva intrapreso una nuova relazione affettiva e, da oltre venti anni, cessato la convivenza e ogni altro rapporto con l'attrice). L'intensità della relazione affettiva prescinde dalla convivenza, che non assurge quindi - secondo **Sez. 3, n. 21837/2019, Scarano, Rv. 655085-01** - a presupposto indefettibile per la rilevanza giuridica del pregiudizio in discorso.

Quanto ai caratteri “morfologici” del danno-conseguenza, **Sez. 3, n. 28220/2019, Sestini, Rv. 655782-01**, ha statuito che il danno non patrimoniale subito dal familiare di una persona lesa dall'altrui condotta illecita deve essere risarcito nel suo duplice aspetto della sofferenza soggettiva e del conseguito mutamento peggiorativo delle abitudini di vita, purché tali pregiudizi rivestano i caratteri della serietà del danno e della gravità della lesione, senza che rilevino

l'invalidità solo parziale del congiunto o la ripartizione fra più familiari dell'assistenza prestata (è stata, dunque, cassata la sentenza di merito che aveva escluso il danno non patrimoniale del marito e dei figli della paziente lesa, risultata non totalmente dipendente dai congiunti, perché questi avevano prestato “un’assistenza familiare, per quanto faticosa sul piano psicologico, evidentemente condivisa ed avvenuta principalmente durante i ricoveri ospedalieri”).

Un altro filone di pronunce ha riguardato la differenziazione tra le due tipologie di pregiudizio patite dalla vittima nell’arco temporale intercorrente tra l’evento lesivo e la morte (dal primo pur sempre cagionata). Premessa la riaffermazione della natura “bifronte” del danno non patrimoniale da lesione della salute da parte di **Sez. 6-3, n. 04878/2019, Porreca, Rv. 653138-01** (secondo cui non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del risarcimento del “danno biologico”, quale pregiudizio che esplica incidenza sulla vita quotidiana e sulle attività dinamico-relazionali del soggetto, e di un’ulteriore somma a titolo di ristoro del pregiudizio rappresentato dalla sofferenza interiore - c.d. danno morale, *sub specie* di dolore dell'animo, vergogna, disistima di sé, paura, disperazione - con la conseguenza che, ove dedotto e provato, tale ultimo danno deve formare oggetto di separata valutazione e liquidazione), **Sez. 6-3, n. 23153/2019, Positano, Rv. 655508-01**, ha rimarcato la differenza intercorrente, in seno all’unitario *genus* non patrimoniale, tra il danno biologico terminale, derivante dalla lesione della salute propriamente detta, e il c.d. danno morale terminale, consistente nella sofferenza fisica e psicologica (agonia) derivante dall'avvertita imminenza dell'*exitus*, che richiede che la persona si trovi in una condizione di “lucidità agonica”, in quanto in grado di percepire la sua situazione ed in particolare l'imminenza della morte, essendo quindi irrilevante, a fini risarcitori, il lasso di tempo intercorso tra la lesione personale ed il decesso nel caso in cui la persona sia rimasta “manifestamente lucida”. Di poco precedente **Sez. 3, n. 21837/2019, Scarano, Rv. 655085-01**, che aveva distinto le suddette voci, risarcibili *iure hereditatis* ai familiari del defunto, statuendo che il danno morale terminale (o danno da lucida agonia o catastrofe o catastrofico) è risarcibile a prescindere dall'apprezzabilità dell'intervallo di tempo intercorso tra le lesioni e il decesso (rilevando soltanto l'intensità della sofferenza medesima); mentre il danno biologico terminale, quale pregiudizio alla salute, anche se temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità, e sussiste, per il tempo della permanenza in vita, a prescindere dalla percezione cosciente della gravissima lesione dell'integrità personale della vittima nella fase terminale della stessa (analogamente, si veda anche **Sez. L, n. 17577/2019, Amendola, Rv. 654381-01**). Per essere risarcibile, tale ultimo pregiudizio richiede, però, che tra le lesioni colpose e la morte intercorra un apprezzabile lasso di tempo, fissato da **Sez. 3, n. 18056/2019,**

Rossetti, Rv. 654378-01, in (almeno) ventiquattro ore, tale essendo la durata minima, per convenzione legale, ai fini dell'apprezzabilità dell'invalidità temporanea.

Sul versante del danno biologico è stato affermato che la presenza di postumi c.d. macropermanenti (nel caso di specie, del 25%) non consente di desumere automaticamente, in via presuntiva, la diminuzione della capacità di produrre reddito della vittima, potendo per altro verso integrare un danno da lesione della capacità lavorativa generica il quale, risolvendosi in una menomazione dell'integrità psico-fisica dell'individuo, è risarcibile in seno alla complessiva liquidazione del danno biologico (**Sez. 3, n. 17931/2019, Cirillo F.M., Rv. 654562-01**).

Sotto il profilo processuale, si è precisato, poi, che, dal momento che l'invalidità permanente e quella temporanea sono pregiudizi che, pur avendo medesima natura giuridica, non si implicano a vicenda in quanto diversi in fatto, ai fini del riconoscimento del danno da invalidità temporanea, si richiede una specifica domanda, supportata dalle relative allegazioni in fatto, senza che sia sufficiente quella di risarcimento del danno biologico complessivo (così **Sez. L, n. 18560/2019, Marotta, Rv. 654486-01**). Si ricollega a tale pronuncia **Sez. L, n. 25690/2019, Ponterio, Rv. 655484-01**, secondo cui integra violazione della regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, di cui all'art. 112 c.p.c., il prescindere, travalicandole, dalle specifiche indicazioni quantitative della parte in ordine a ciascuna delle voci di danno elencate in domanda, salvo che tali indicazioni non siano da ritenere - in base ad apprezzamento di fatto concernente l'interpretazione della domanda e censurabile in sede di legittimità esclusivamente per vizio di motivazione - meramente indicative (come sarebbe lecito concludere allorché la parte, pur dopo l'indicazione, chieda comunque che il danno sia liquidato secondo giustizia ed equità) (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, nel risarcire il danno biologico occorso alla lavoratrice in conseguenza della ritardata reintegra nel posto di lavoro, lo aveva liquidato nella misura richiesta nell'appello incidentale, in mancanza della richiesta di liquidazione di somme anche maggiori eventualmente risultanti da un diverso accertamento).

8.2. La prova del danno non patrimoniale.

Nell'annualità in rassegna è andata consolidandosi l'impostazione concettuale che fa leva sulla necessità, ai fini del risarcimento, di una puntuale allegazione e prova delle conseguenze pregiudizievoli concretamente occorse in conseguenza dell'illecito. Tale prova può essere raggiunta anche mediante presunzioni.

Per esempio, secondo **Sez. 2, n. 26497/2019, Scarpa, Rv. 655680-02**, e **Sez. 2, n. 09919/2019, Lombardo, Rv. 653491-01**, pronunciatesi in tema di danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo, l'accertamento della violazione

dell'art. 6 CEDU reca con sé una mera presunzione di sussistenza del pregiudizio, superabile qualora il giudice ravvisi nel caso concreto la ricorrenza di peculiari circostanze attinenti al giudizio presupposto, idonee a escludere la configurabilità di qualsivoglia patimento o *stress* ricollegabili all'irragionevole protrarsi del giudizio, trattandosi di valutazione discrezionale, sottratta al sindacato di legittimità se sorretta da adeguata motivazione (nella seconda delle pronunce citate, la S.C. ha cassato la sentenza della corte d'appello che aveva riconosciuto presuntivamente il danno non patrimoniale conseguente all'accertata irragionevole durata di un processo amministrativo, omettendo di considerare che il ricorrente, che aveva impugnato il giudizio di non ammissione all'esame di maturità, ma che era stato ammesso in via cautelare a sostenerlo, lo aveva poi superato conseguendo il relativo diploma, il che aveva determinato l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse).

Ancora, in tema di danno non patrimoniale da immissioni acustiche intollerabili, **Sez. 6-3, n. 19434/2019, Iannello, Rv. 654622-02**, ha chiarito che, non potendo consistere nella mera lesione del diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione ed alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane (pena la configurazione di un vero e proprio danno punitivo, privo di copertura normativa), esso postula la prova di un effettivo pregiudizio in termini di disagi sofferti in dipendenza della difficile vivibilità della casa, potendosi il danneggiato avvalere, a tal fine, anche di presunzioni gravi, precise e concordanti, sulla base però di elementi indiziari diversi dal fatto in sé dell'esistenza di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità.

Infine, con riferimento al danno c.d. parentale, si segnala **Sez. 3, n. 11212/2019, Valle, Rv. 653591-01**, per cui il danno non patrimoniale, consistente nella sofferenza morale patita dal prossimo congiunto di persona lesa in modo non lieve dall'altrui illecito, può essere dimostrato con ricorso alla prova presuntiva ed in riferimento a quanto ragionevolmente riferibile alla realtà dei rapporti di convivenza ed alla gravità delle ricadute della condotta (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza gravata che aveva ritenuto insussistente o, comunque, pienamente ristorato con il riconoscimento del danno biologico proprio, il danno cosiddetto parentale patito dalla ricorrente per le lesioni subite dal convivente a seguito di un sinistro, omettendo di considerare l'entità non lieve delle lesioni personali riportate dal danneggiato, quantificate al 79%, e la relativa incidenza sull'ambito dinamico-relazionale della stessa ricorrente).

8.3. Il danno da perdita di *chance* a carattere non patrimoniale.

Con l'importante sentenza resa da Sez. 3, n. 05641/2018, Travaglino, Rv. 648461-03, la Corte di Cassazione aveva chiarito che non integrano danni da perdita di *chance* in senso stretto (bensì "ordinari" pregiudizi non patrimoniali discendenti dalla lesione del diritto alla salute o del diritto all'autodeterminazione del paziente):

- i pregiudizi sofferti dal malato terminale a causa di errori od omissioni diagnostici, per non aver potuto fruire anticipatamente delle cure palliative (o non essersi potuto sottoporre a interventi che ne avrebbero alleviato le sofferenze), o anche semplicemente per non aver potuto compiere con maggiore consapevolezza le scelte esistenziali relative all'ultima fase della propria vita;
- il pregiudizio da (accertata) minore sopravvivenza (che per i congiunti integra un vero e proprio pregiudizio da perdita del rapporto parentale);
- il danno da nascita indesiderata, nell'ipotesi in cui sia possibile giungere alla prova che la gestante, ove tempestivamente informata della malformazione del feto, avrebbe optato per l'interruzione della gravidanza.

Si ha, dunque, danno da perdita di *chance* non patrimoniale in quelle sole ipotesi - caratterizzate da un'insuperabile "incertezza eventistica" - nelle quali, in una situazione in cui al paziente, gravemente ammalato, residui "una possibilità di uscire da tale situazione mediante una guarigione oppure una sopravvivenza di entità consistente", intervenga un contegno colposo del medico che la suddetta possibilità precluda, pur essendo impossibile dire se essa si sarebbe evoluta in senso favorevole al paziente, nell'ipotesi di corretta esecuzione della prestazione sanitaria. In questo quadro (arricchito, per quanto specificamente concerne la condizione del malato terminale, da Sez. 3., n. 6688/2018, Graziosi, Rv. 648486-01, e da Sez. 3, n. 07260/2018, Dell'Utri, Rv. 647957-01), si è inserita **Sez. 3, n. 10424/2019, Guizzi, Rv. 653581-01**, che ha confermato l'estraneità alla categoria della perdita di *chance* del danno che, in caso di colpevole ritardo nella diagnosi di patologie ad esito infausto, corrisponde alla perdita di un "ventaglio" di opzioni con le quali scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita, che determina la lesione di un bene reale, certo - sul piano sostanziale - ed effettivo, apprezzabile con immediatezza, qual è il diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali; in tale prospettiva, il diritto di autodeterminarsi riceve positivo riconoscimento e protezione non solo mediante il ricorso a trattamenti lenitivi degli effetti di patologie non più reversibili, ovvero, all'opposto, mediante la predeterminazione di un percorso che porti a contenerne la durata, ma anche attraverso la mera accettazione della propria condizione.

È intervenuta, poi, **Sez. 3, n. 28993/2019, Valle, Rv. 655791-01**, che, ponendosi nel solco tracciato dalla citata Sez. 3, n. 05641/2018, Travaglino, Rv.

648461-03, ha ribadito che il danno da perdita di *chance* consiste nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente - secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica - alla condotta colposa del sanitario, ed integra evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perduta possibilità sia apprezzabile, seria e consistente. Una perdita che, nell'ottica di un'anticipazione della tutela risarcitoria, "è pur sempre destinata a rilevare" - si legge in motivazione - "sul piano della lesione del diritto alla salute (e/o del diritto di autodeterminazione) del paziente", e che si verifica allorquando le conclusioni della CTU risultino espresse in termini di "insanabile incertezza rispetto all'eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo".

In argomento, è intervenuta anche **Sez. 3, n. 26303/2019, Olivieri**, non massimata, secondo cui la perdita di *chance* non corrisponde ad un "bonus" (diritto, interesse, situazione di aspettativa legittima) inteso come entità ontologicamente preesistente al danno-conseguenza, risarcibile by-passando la prova della relazione eziologica che deve sussistere - sempre - tra condotta lesiva ed evento di danno, dal momento che, se così fosse, l'obbligazione del contratto d'opera professionale si trasformerebbe in una obbligazione di risultato, e la statistica percentuale delle possibilità di sopravvivenza (o di ritardare la evoluzione della malattia) o delle possibilità di guarigione rilevarebbe esclusivamente sul piano della esatta quantificazione del danno. In tale evenienza, infatti, il semplice accertamento della negligenza, imprudenza od imperizia o della inosservanza delle *leges artis* consentirebbe di liquidare - in ogni caso - un danno prodottosi per la mancata possibilità di ottenere un risultato positivo che, in concreto, finanche una esatta esecuzione della prestazione non avrebbe potuto garantire con certezza.

8.4. Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione.

Ponendosi in continuità con la giurisprudenza dell'anno precedente, nel 2019 la Corte ha ulteriormente evidenziato la natura fondamentale del diritto all'autodeterminazione del paziente, il quale - secondo **Sez. 3, n. 10423/2019, Guizzi, Rv. 653580-01** - deve essere sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per cui sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona - bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del

vivere civile -, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale *deficit* di informazione, il paziente non è stato messo in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica. Trattandosi di posizione giuridica diversa dal diritto alla salute, la lesione di tale diritto è di per sé suscettibile di dar luogo a un danno non patrimoniale, come non ha mancato di affermare, in tema di danno da c.d. nascita indesiderata, **Sez. 3, n. 16892/2019, Scarano, Rv. 654400-01**. Una particolare applicazione di tale *regula juris* è stata offerta da **Sez. 3, n. 30727/2019, Pellecchia, Rv. 656225-01**, secondo cui il sanitario che riscontri una normalità morfologica del feto anche sulla base di esami strumentali, i quali tuttavia non ne consentano la visualizzazione nella sua interezza, ha l'obbligo di informare la paziente della possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione, nella prospettiva della determinazione della gestante ad interrompere la gravidanza, ricorrendone i presupposti (nel caso di specie, con riferimento alla domanda risarcitoria formulata dai genitori di un bimbo nato affetto da grave sindrome "facio-auricolo-vertebrale" per mancata diagnosi di malformazione e conseguente trauma psichico patito a causa della nascita di un figlio affetto da gravi patologie, la S.C. ha annullato la sentenza impugnata, rinviando al giudice di merito la verifica, secondo un'adequata valutazione della diligenza richiesta al sanitario, se la presenza di fattori limitanti l'indagine quali la "posizione di vertice" e il "dorso orientato a destra" che avevano impedito l'esame del profilo facciale, fossero tali da imporre accertamenti ulteriori e non, viceversa, tali da consentire un referto di normoconformazione fetale).

Fondamentale arresto in tema di danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione è rappresentato da **Sez. 3, n. 28985/2019, Olivieri, Rv. 656134-01, 656134-02, 656134-03, 656134-04 e 656134-05**, che rappresenta una sistemazione ragionata degli approdi più recenti della giurisprudenza di legittimità. La sentenza prende le mosse dalla sottolineatura della centralità del diritto all'autodeterminazione nella relazione medico-paziente, che rende *contra jus* la condotta omissiva o reticente del primo, indipendentemente dalla qualificazione come contrattuale o extracontrattuale della sua responsabilità. In un contesto caratterizzato da "obbligazioni tra loro poste in nesso di connessione strumentale, in quanto tutte convergenti al perseguimento del risultato della cura e del risanamento del soggetto", si profila una "astratta capacità plurioffensiva" dell'omissione informativa. Dall'evento lesivo costituito dalla mancata prestazione del consenso può scaturire, infatti, un danno biologico vero e proprio, ove l'attore

fornisca la prova che, se correttamente informato, non si sarebbe sottoposto all'intervento. In tal caso, il pregiudizio alla salute, riguardato come danno-conseguenza, sarà risarcibile anche laddove la prestazione medica sia stata correttamente eseguita, e con esso potrà concorrere un autonomo (e ulteriore) danno-conseguenza (essenzialmente caratterizzato in termini di sofferenza interiore), derivante dalla lesione in sé dell'autonomia decisionale del paziente, da liquidarsi equitativamente. Nell'ipotesi in cui, invece, non sussista una lesione della salute, l'omissione informativa potrà determinare conseguenze pregiudizievoli rilevanti in termini di "sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente", che possono essere provate, anche per presunzioni, e sono risarcibili nella misura in cui assurgano alla soglia della gravità della lesione e serietà del pregiudizio.

9. La liquidazione del danno non patrimoniale.

Al di fuori dei casi in cui i criteri di liquidazione siano previsti dalla legge (si pensi all'art. 139 del d.lgs. n. 209 del 2005, richiamato - nell'ambito della responsabilità sanitaria - dall'art. 7, comma 4, l. n. 24 del 2017), la liquidazione equitativa deve essere improntata all'attenta valutazione di tutte le circostanze della fattispecie concreta, idonee a disvelare il concreto dispiegarsi delle conseguenze pregiudizievoli nella sfera giuridica del danneggiato. Il potere discrezionale del giudice ha il suo contraltare in un preciso onere, per il giudice, di dare conto, nella motivazione, della rilevanza attribuita a ciascun fattore considerato, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito. Da ciò consegue, secondo **Sez. L, n. 16595/2019, Lorito, Rv. 654240-01** (pronunciata in tema di danno da demansionamento), che è sindacabile in sede di legittimità, come violazione dell'art. 1226 c.c. e, nel contempo, come ipotesi di assenza di motivazione, di "motivazione apparente", di "manifesta ed irriducibile contraddittorietà" e di "motivazione perplessa od incomprensibile", la valutazione del giudice di merito che non abbia indicato, nemmeno sommariamente, i criteri seguiti per determinare l'entità del danno e gli elementi su cui ha basato la sua decisione in ordine al *quantum* (nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della corte territoriale che aveva ridotto in modo non trascurabile l'ammontare del danno professionale liquidato in primo grado semplicemente richiamando la prassi invalsa presso il distretto territoriale, senza procedere ad una enunciazione più specifica dei criteri applicati né all'adeguamento della liquidazione alle particolarità del caso concreto).

In tema di danno da perdita del rapporto parentale, si può segnalare **Sez. 3, n. 14392/2019, Valle, Rv. 654094-01**, secondo cui la liquidazione di tale tipologia di danno deve avvenire in via equitativa, in forza di una sua valutazione complessiva,

potendosi ricorrere a presunzioni sulla base di elementi oggettivi, forniti dal danneggiato, quali le abitudini di vita, la consistenza del nucleo familiare e la compromissione delle esigenze familiari.

Con riferimento ai danni alla persona patiti dalla vittima “primaria” dell’illecito nello stato terminale della sua esistenza (sui quali si veda il paragrafo 9.1), **Sez. 3, n. 16592/2019, Fieconni, Rv. 654294-01**, ha ritenuto, da parte sua, che, mentre quella del danno biologico terminale può fondarsi sui valori tabellari relativi all’invalidità temporanea (totale), la concorrente presenza del danno morale c.d. catastrofe rende necessaria una liquidazione affidata ad un criterio equitativo puro, che tenga conto dell’enormità della sofferenza psichica, giacché tale danno, ancorché temporaneo, è massimo nella sua entità ed intensità e la durata della consapevolezza della vittima non rileva ai fini della sua oggettiva configurabilità, ma soltanto sul piano della quantificazione del risarcimento secondo criteri di proporzionalità e di equità (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale il giudice del rinvio aveva riconosciuto la somma di euro 2.500,00 *pro die* ai parenti della vittima politraumatizzata di un incidente stradale rimasta in vita per tre giorni dopo l’evento, sul presupposto che alla presumibile insussistenza di una piena coscienza del danneggiato circa l’approssimarsi del decesso fosse correlata una minore intensità della sofferenza psichica catastrofe, nonostante la Corte di legittimità in sede rescindente avesse ritenuto sussistente tale consapevolezza e considerato irrisorio il risarcimento del danno precedentemente liquidato dai giudici di merito in complessivi euro 1.000,00).

9.1. La liquidazione del danno biologico.

Come evidenziato da **Sez. L, n. 24880/2019, Marchese, Rv. 655315-01**, criteri diversi presiedono alla liquidazione del danno biologico ai fini della tutela dell’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, per il quale devono obbligatoriamente osservarsi le tabelle di cui al d.m. del 12 luglio 2000, secondo quanto disposto dall’art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, perseguendo le due liquidazioni fini propri e diversi. Il danno differenziale eventualmente dovuto al lavoratore dev’essere calcolato secondo il metodo delle c.d. poste omogenee, tenendo presente che detto indennizzo ristora unicamente il danno biologico permanente e non gli altri pregiudizi che compongono la nozione pur unitaria di danno non patrimoniale; pertanto, occorre dapprima distinguere il danno non patrimoniale dal danno patrimoniale, comparando quest’ultimo alla quota Inail rapportata alla retribuzione e alla capacità lavorativa specifica dell’assicurato; successivamente, con riferimento al danno non patrimoniale, dall’importo liquidato a titolo di danno civilistico vanno espunte le voci escluse dalla copertura assicurativa (danno morale e danno biologico

temporaneo) per poi detrarre dall'importo così ricavato il valore capitale della sola quota della rendita Inail destinata a ristorare il danno biologico permanente.

Relativamente al danno biologico da c.d. micropermanenti, **Sez. 3, n. 10816/2019, Guizzi, Rv. 653707-02**, ha ricordato che, ai sensi dell'art. 139, comma 2, del d.lgs. n. 209 del 2005 (come modificato dall'art. 32, comma 3-*ter*, del d.l. n. 1 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 27 del 2012), la sussistenza dell'invalidità permanente non può essere esclusa per il solo fatto di non essere documentata da un referto strumentale per immagini, sulla base di un mero automatismo che ne vincoli il riconoscimento ad una verifica strumentale, ferma restando la necessità che l'accertamento della sussistenza della lesione dell'integrità psico-fisica avvenga secondo criteri medico-legali rigorosi ed oggettivi. Condivide la medesima *ratio decidendi* **Sez. 6-3, n. 26249/2019, Rossetti, Rv. 655820-01**, la quale, in termini più generali, osserva che la disposizione contenuta nell'art. 32, comma 3 *ter*, del d.l. n. 1 del 2012, conv., con modif., dalla l. n. 27 del 2012, costituisce non già una norma di tipo precettivo, ma una “norma in senso lato”, cui può essere data un'interpretazione compatibile con l'art. 32 Cost., dovendo essa essere intesa nel senso che l'accertamento del danno alla persona deve essere condotto secondo una rigorosa criteriologia medico-legale, nel cui ambito, tuttavia, non sono precluse fonti di prova diverse dai referti di esami strumentali, i quali non sono l'unico mezzo utilizzabile ma si pongono in una posizione di fungibilità ed alternatività rispetto all'esame obiettivo (criterio visivo) e all'esame clinico.

Nell'ipotesi in cui, in epoca successiva al fatto illecito, la vittima muoia per cause indipendenti dallo stesso, la liquidazione del danno biologico va correlata al tempo, noto, trascorso dal sinistro alla morte, in cui il soggetto ha effettivamente sopportato le conseguenze non patrimoniali della lesione alla sua integrità psicofisica, e non invece alla durata della vita futura, rapportata al momento del sinistro e valutata secondo criteri di probabilità statistica (**Sez. 3, n. 04551/2019, Di Florio, Rv. 652827-01**). Ove, invece, l'evento lesivo produca una patologia ingravescente (nonché potenzialmente letale), **Sez. 3, n. 29492/2019, Olivieri, Rv. 655798-01**, ha affermato che l'aggravamento delle condizioni del danneggiato costituisce la mera concretizzazione del rischio, già considerato nella scala dei gradi di invalidità, di un'evoluzione peggiorativa eziologicamente riconducibile all'originaria infermità e, perciò, non integra un ulteriore danno biologico risarcibile, a meno che al tempo dell'accertamento il successivo evento dannoso, ancorché riconducibile all'originaria lesione, fosse sconosciuto alla scienza medica e, quindi, non considerato dai *barèmes* (in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva escluso il risarcimento - in aggiunta al danno biologico precedentemente accertato e liquidato - del pregiudizio derivante dal peggioramento delle condizioni di salute e, poi, dal decesso di un soggetto affetto da virus HCV contratto a seguito

di emotrasfusione, trattandosi di avveramento di un prevedibile rischio di aggravamento della patologia epatica originaria).

Dopo aver sostenuto che, nel caso di lesioni plurime derivate da un medesimo fatto lesivo, il danno biologico è unitario, per cui la valutazione medico-legale delle singole menomazioni, che determinano un peggioramento globale della salute, deve essere complessiva (**Sez. 3, n. 18328/2019, Vincenti, Rv. 654775-01**), la Cassazione ha operato un'importante e significativa presa di posizione in tema di lesioni concorrenti e coesistenti, spiegando, in **Sez. 3, n. 28986/2019, Rossetti, Rv. 656174-01 e 656174-02**, che la preesistenza di malattie e menomazioni in capo al danneggiato può rappresentare una concausa tanto della lesione della salute quanto della menomazione che ne sia derivata; nel primo caso, la preesistenza della patologia costituisce una concausa naturale dell'evento di danno ed il concorso del fatto dell'uomo rende quest'ultima irrilevante in virtù del precetto dell'equivalenza causale dettato dall'art. 41 c.p., sicché di essa non dovrà tenersi conto nella determinazione del grado di invalidità permanente e nella liquidazione del danno; nel secondo caso, la preesistenza della menomazione può essere "coesistente" o "concorrente" col maggior danno causato dall'illecito ed assumere rilievo causale ai sensi dell'art. 1223 c.c. In particolare, se "coesistente" la menomazione non assume, di norma, rilievo ai fini della liquidazione, atteso che gli effetti invalidanti non mutano per il fatto che si presenti sola od associata ad altra menomazione, anche se afferente il medesimo organo; viceversa, se la menomazione è "concorrente" assume, di norma, rilievo in quanto gli effetti invalidanti sono meno gravi se isolata, e più gravi se associata ad altra menomazione, anche se afferente ad organo diverso. Pertanto, nell'accertamento in concreto dell'effettivo grado di invalidità permanente del danneggiato si procederà, in primo luogo, alla stima in punti percentuali dell'invalidità complessiva (risultante, cioè, dalla menomazione preesistente più quella causata dall'illecito), trasformandola in una somma di denaro; in secondo luogo, alla stima in punti percentuali dell'invalidità preesistente, trasformando anch'essa in denaro e tenendo conto, però, che lo stato di invalidità anteriore al sinistro dovrà essere considerato pari al 100% in tutti quei casi in cui le patologie pregresse non impedivano al danneggiato di condurre una vita normale. Per ultimo, si procederà a sottrarre dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata quello corrispondente al grado di invalidità preesistente, fermo restando l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa secondo la cd. equità giudiziale correttiva od integrativa, ove lo impongano le circostanze del caso concreto.

9.2. Parametri di quantificazione del danno: le Tabelle di Milano.

Con riguardo alla “vincolatività” dei parametri tabellari, **Sez. 3, n. 01553/2019, Fieconi, Rv. 652512-01**, ha affermato che le tabelle milanesi di liquidazione del danno non patrimoniale si sostanziano (per quel che riguarda il danno biologico da invalidità permanente o temporanea) in regole integratrici del concetto di equità, atte quindi a circoscrivere la discrezionalità dell'organo giudicante, sicché costituiscono un criterio guida e non una normativa di diritto.

Dal momento che i valori tabellari “base” devono ritenersi destinati alla riparazione delle conseguenze “ordinarie” - inerenti, cioè, ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente subirebbe -, ove intenda “personalizzare” il risarcimento, il giudice è tenuto - secondo **Sez. 3, n. 02788/2019, Porreca, Rv. 652664-01** - a far emergere e valorizzare, dandone espressamente conto in motivazione, in coerenza con le risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse all'esito del dibattito processuale, quelle specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale in quanto caratterizzata da aspetti legati alle dinamiche emotive della vita interiore o all'uso del corpo e alla valorizzazione dei relativi aspetti funzionali, di per sé tali da presentare obiettive e riconoscibili ragioni di apprezzamento.

Un'importante presa di posizione circa la valenza della “forbice” di valori tabellari afferente al danno da perdita del congiunto è contenuta in **Sez. 3, n. 29495/2019, Graziosi, Rv. 655831-01**, alla cui stregua, per la liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale - diversamente da quanto accade per il pregiudizio arrecato all'integrità psico-fisica - le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale; tuttavia, qualora il giudice scelga di applicare i predetti parametri tabellari, la personalizzazione del risarcimento non può discostarsi dalla misura minima ivi prevista senza dar conto nella motivazione di una specifica situazione, diversa da quelle già considerate come fattori determinanti la divergenza tra il minimo e il massimo, che giustifichi la decurtazione (in applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che, pur avendo identificato nelle tabelle milanesi il parametro equitativo, aveva inspiegabilmente quantificato il risarcimento, spettante al figlio per la perdita della madre, in una misura corrispondente a circa un terzo dell'importo minimo delle tabelle stesse). Il giudice, può, quindi, superare i limiti minimi e massimi degli ordinari parametri previsti dalle dette tabelle, solo quando la specifica situazione presa in considerazione si caratterizzi per la presenza di circostanze di cui il parametro tabellare non possa aver già tenuto conto, in quanto elaborato in astratto in base all'oscillazione ipotizzabile in ragione delle diverse

situazioni ordinariamente configurabili secondo l'*id quod plerumque accidit* (così **Sez. 6-3, n. 014746/2019, Dell'Utri, Rv. 654307-01**, la quale prosegue asserendo che, nel caso in cui la perdita si riferisca al convivente *more uxorio*, il giudice non può procedere ad una determinazione del relativo importo in misura inferiore a quella minima prevista dalla corrispondente forbice tabellare, realizzando una discriminazione ontologica tra le convivenze di fatto e i rapporti coniugali fondati sul matrimonio, attesa l'espressa completa equiparazione, contenuta in dette tabelle, tra convivenze *more uxorio* e convivenze matrimoniali).

10. Le responsabilità speciali.

10.1. Genitori, maestri e precettori (art. 2048 c.c.).

Le pronunce del 2019 sulla responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte hanno offerto utili precisazioni in merito alla struttura della fattispecie *ex art. 2048 c.c.* e alla ripartizione dell'onere della prova.

Di particolare interesse è **Sez. 3, n. 22541/2019, Gorgoni, Rv. 655364-01**, secondo la quale l'età ed il contesto in cui si è verificato il fatto illecito del minore non escludono, né attenuano la responsabilità che l'art. 2048 c.c. pone a carico dei genitori, i quali, proprio in ragione di tali fattori, hanno l'onere di impartire ai figli l'educazione necessaria per non recare danni a terzi nella loro vita di relazione, nonché di vigilare sul fatto che l'educazione impartita sia adeguata al carattere e alle attitudini del minore, dovendo rispondere delle carenze educative cui l'illecito commesso dal figlio sia riconducibile.

In applicazione di tale principio, la Terza Sezione civile ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva escluso che i genitori avessero vinto la presunzione di responsabilità su di essi gravante, essendo emerso, nella specie, che il pugno sferrato dal figlio adolescente in faccia ad un compagno non avesse costituito una reazione immediata rispetto all'offesa ricevuta, restando irrilevante inoltre la circostanza che tale fatto si fosse verificato lontano dalla sfera di controllo dei genitori, nelle adiacenze della scuola, in un paese diverso rispetto a quello di residenza.

Sempre in materia di responsabilità dei genitori per il danno cagionato dai figli minori, **Sez. 3, n. 11198/2019, Pellicchia, Rv. 653589-01**, ha precisato che l'operatività della fattispecie *ex art. 2048 c.c.* è subordinata al requisito della coabitazione, perché solo la convivenza può consentire l'adozione di quelle attività di sorveglianza e di educazione, il cui mancato assolvimento giustifica la responsabilità medesima. Sulla scorta di tale assunto, la Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la responsabilità della madre del minore, autore del fatto illecito, in quanto non convivente con il medesimo, ritenendo

irrilevante che egli fosse in possesso, al momento del sinistro stradale, del foglio rosa e non della patente, e che nella relazione dei servizi sociali non si facesse cenno alla separazione dei coniugi.

Per quanto concerne, invece, la responsabilità degli insegnanti, **Sez. 3, n. 09983/2019, Scarano, Rv. 653425-02**, ha affermato che, in tema di danni conseguenti ad un infortunio sportivo subito da uno studente durante una gara svoltasi all'interno della struttura scolastica nell'ora di educazione fisica, ai fini della configurabilità della responsabilità della scuola ai sensi dell'art. 2048 c.c., è necessario: a) che il danno sia conseguenza del fatto illecito di un altro studente partecipante alla gara, il quale sussiste se l'atto dannoso sia posto in essere con un grado di violenza incompatibile con le caratteristiche dello sport praticato o con il contesto ambientale nel quale l'attività sportiva si svolge o con la qualità delle persone che vi partecipano, ovvero allo specifico scopo di ledere, anche se non in violazione delle regole dell'attività svolta, e non anche quando l'atto sia compiuto senza la volontà di ledere e senza la violazione delle regole della disciplina sportiva, né se, pur in presenza di una violazione delle regole dell'attività sportiva specificamente svolta, l'atto lesivo sia a questa funzionalmente connesso; b) che la scuola non abbia predisposto tutte le misure idonee ad evitare il fatto. Ne consegue che grava sullo studente l'onere di provare l'illecito commesso da un altro studente, mentre spetta alla scuola dimostrare l'inevitabilità del danno, nonostante la predisposizione di tutte le cautele idonee ad evitare il fatto. Nella specie, la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva escluso la responsabilità della scuola rispetto all'infortunio, verificatosi durante una partita di pallamano svoltasi nella palestra scolastica sotto il controllo dell'insegnante, ai danni di un alunno il quale, mentre rincorreva un avversario che gli aveva sottratto il possesso della palla senza toccarlo, era caduto scivolando all'esterno del campo da gioco ed urtando contro una panchina la quale, essendo destinata ai giocatori di riserva, era stata ritenuta dal giudice di merito un ordinario completamento dello stesso campo da gioco.

In ultimo, merita di essere segnalata **Sez. 3, n. 31894/2019, Gianniti, Rv. 655980-01**, secondo la quale in materia di rapporti tra giudizi civili e penale, la dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova, pur costituendo una modalità alternativa di definizione del giudizio penale, non contiene alcun accertamento di merito in ordine alla sussistenza del reato ed alla responsabilità del minore; ne consegue che il giudice civile deve indagare e valutare, alla luce delle regole probatorie che governano il giudizio civile e del materiale acquisito, la sussistenza dei fatti costitutivi della domanda, compresa la conseguente sussistenza della responsabilità dei genitori per la condotta del proprio figlio *ex art. 2048 c.c.*

10.2. Padroni e committenti (art. 2049 c.c.).

Il soggetto che, nell'espletamento della propria attività, si avvale dell'opera di terzi, ancorché non alle proprie dipendenze, assume il rischio connaturato alla loro utilizzazione nell'attuazione della propria obbligazione e, pertanto, risponde direttamente di tutte le ingerenze dannose, dolose o colpose, che a costoro, sulla base di un nesso di occasionalità necessaria, siano state rese possibili in virtù della posizione conferita dall'adempimento dell'obbligazione medesima rispetto al danneggiato e che integrano il "rischio specifico" assunto dal debitore, fondando tale responsabilità sul principio *cuius commoda eius et incommoda*.

La concreta declinazione di tale principio ha dato luogo alla seguente casistica.

Sez. 3, n. 04298/2019, Scarano, Rv. 652666-01, ha riformato la sentenza di merito che, in ipotesi di *leasing* avente ad oggetto un'autovettura, con clausola di garanzia per la riparazione di eventuali non conformità, senza oneri per il *lessee* e presso officine autorizzate dal *lessor*, aveva escluso la responsabilità di quest'ultimo per la rottura del motore, nonostante questa fosse dipesa, quale necessario antecedente causale, dalla precedente erronea riparazione, ad opera di officina rientrante tra quelle individuate dal concedente, dei collettori di scarico, il cui malfunzionamento era pacificamente coperto dalla garanzia.

Ad avviso di **Sez. 1, n. 06525/2019, Scotti, Rv. 653105-01**, in materia di finanziamenti erogati ai sensi del Regolamento (CEE) n. 2052/88 del Consiglio del 24 giugno 1988, il beneficiario purché individuato soggettivamente secondo le procedure nazionali - in caso di positivo riconoscimento dell'avvenuta realizzazione del programma e della spettanza del contributo -, è titolare di un diritto soggettivo di fonte comunitaria a percepire il contributo cofinanziato dalla Comunità e dallo Stato membro e ad azionarlo direttamente nei confronti dell'organismo responsabile dell'attuazione del programma che, qualora si avvalga di soggetti attuatori delegati con provvedimenti interni, è responsabile ai sensi degli artt. 2043 e 2049 c.c. e degli artt. 21 e 23 dei Regolamenti (CEE) n. 4253/88 del Consiglio del 19 dicembre 1988 e n. 2082/93 del Consiglio del 20 luglio 1993, succedutisi nel tempo, per il fatto illecito dei predetti soggetti, sia a titolo di *culpa in eligendo*, per aver preposto al compito un soggetto inadeguato, sia di *culpa in vigilando*, per non aver adeguatamente sorvegliato l'attività del preposto; in entrambe le ipotesi la diligenza dovuta va commisurata alla natura dell'attività esercitata *ex art. 1176, comma 2, c.c.*

In termini non dissimili, **Sez. 3, n. 27994/2019, Di Florio, Rv. 655577-01**, ha stabilito che in tema di finanziamenti erogati ai sensi del Regolamento (CEE) n. 2052/88 del Consiglio del 24 giugno 1988, il beneficiario, purché individuato soggettivamente secondo le procedure nazionali, in caso di positivo riconoscimento dell'avvenuta realizzazione del programma e della spettanza del contributo, è titolare

di un diritto soggettivo di fonte comunitaria a percepire il contributo e ad azionarlo direttamente nei confronti dello Stato, rappresentato dal ministero competente impegnatosi a corrispondere al beneficiario del programma finanziato le somme dovute; quest'ultimo, anche qualora si avvalga di soggetti delegati con provvedimenti interni per l'attuazione e la realizzazione del programma, è l'unico responsabile, anche per il fatto degli ausiliari, dell'erogazione del finanziamento stanziato a titolo sia extracontrattuale che contrattuale, ai sensi dell'art. 1228 c.c.

Di particolare interesse è, inoltre, **Sez. 5, n. 14035/2019, Fanticini, Rv. 654111-01**, la quale ha affermato che la proposizione di un ricorso per cassazione in palese violazione dell'art. 366 c.p.c., tale da concretare un errore grossolano del difensore nella redazione dell'atto, giustifica la condanna della parte, che risponde delle condotte del proprio avvocato ai sensi dell'art. 2049 c.c., al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3 c.p.c.

Utili indicazioni ermeneutiche si traggono, inoltre, da **Sez. 3, n. 23973/2019, Positano, Rv. 655173-01**, secondo la quale la responsabilità indiretta della compagnia assicuratrice per il fatto illecito del sub-agente, fondata, ai sensi dell'art. 2049 c.c., sul nesso di occasionalità necessaria tra le incombenze di quest'ultimo e il danno subito dal cliente, postula che il fatto dannoso sia stato agevolato o reso possibile dall'inserimento del sub-agente nell'organizzazione dell'impresa e sussiste, pertanto, nonostante la tendenziale autonomia della posizione del sub-agente rispetto all'assicuratore, nell'ipotesi in cui quest'ultimo, quale primo preponente, abbia conferito al sub-agente un autonomo e diretto potere rappresentativo oppure mantenga comunque un controllo diretto anche sul suo operato o, ancora, si avvalga di un'organizzazione imprenditoriale articolata in un reticolo di agenzie che operano di regola a mezzo di sub-agenti abilitati a vendere i suoi prodotti assicurativi, nonché nell'ipotesi in cui ricorra la prova di un'apparenza di rapporto diretto del sub-agente con la compagnia per ottenere prodotti assicurativi in nome e per conto di essa.

Va data, infine, evidenza a **Sez. 3, n. 10445/2019, Rossetti, Rv. 653583-02**, la quale ha affermato che la responsabilità *ex art.* 2049 c.c. sussiste anche quando difetti una identificazione precisa dell'autore materiale del fatto illecito, quando sia comunque certo che questo sia da attribuirsi ad un incaricato o preposto del padrone o committente suddetto e a **Sez. 3, n. 31889/2019, Graziosi, Rv. 655979-01**, secondo la quale, in tema di contratto di somministrazione di lavoro disciplinato dal d.lgs. n. 276 del 2003, la responsabilità per i danni cagionati a terzi da fatti illeciti compiuti dal lavoratore nello svolgimento della missione grava non già sul somministratore, mero datore di lavoro, bensì, ed in via esclusiva, sull'utilizzatore, quale soggetto che inserisce il lavoratore nella propria struttura imprenditoriale ed esercita poteri di direzione e controllo sulla prestazione lavorativa, soggetto assimilabile, quindi, al paradigma generale del padrone o committente *ex art.* 2049

c.c., assumendo la espressa previsione di responsabilità dell'utilizzatore contenuta nell'art. 26 del d.lgs. n. 276 del 2003 valenza meramente confermativa dell'applicabilità della norma codicistica.

Per quanto concerne la responsabilità dello Stato e degli enti pubblici, di primario rilievo è la sentenza **n. 13246/2019, De Stefano, Rv. 654026-01**, con la quale le Sezioni Unite, nel risolvere il contrasto insorto sulla questione della sussistenza, o meno, della responsabilità civile della pubblica amministrazione per i danni cagionati dal fatto penalmente illecito del dipendente quando questi, approfittando delle sue attribuzioni, abbia agito per finalità esclusivamente personali ed egoistiche, estranee all'amministrazione di appartenenza, hanno enunciato il seguente principio di diritto: “lo Stato o l'ente pubblico risponde civilmente del danno cagionato a terzi dal fatto penalmente illecito del suo dipendente anche quando questi abbia approfittato delle proprie attribuzioni ed agito per finalità esclusivamente personali od egoistiche ed estranee a quelle della amministrazione di appartenenza, purché la sua condotta sia legata da un nesso di occasionalità necessaria con le funzioni o poteri che esercita o di cui è titolare, nel senso che la condotta illecita dannosa - e, quale sua conseguenza, il danno ingiusto a terzi - non sarebbe stato possibile, in applicazione del principio di causalità adeguata ed in base ad un giudizio controfattuale riferito al tempo della condotta, senza l'esercizio di quelle funzioni o poteri che, per quanto devianti o abusivi od illeciti, non ne integri uno sviluppo oggettivamente anomalo”.

La pronuncia ha, così, composto il contrasto esistente tra l'orientamento secondo il quale l'imputazione della responsabilità della Pubblica Amministrazione *ex art. 28 Cost.* è di tipo pubblicistico e fonda una responsabilità di tipo soggettivo e diretta e, pertanto, viene meno nelle ipotesi in cui il dipendente, compiendo un reato doloso, abbia perseguito interessi egoistici incompatibili con i fini istituzionali dell'amministrazione di appartenenza, così interrompendo il rapporto organico e, di conseguenza, anche il nesso di imputazione giuridica della attività del funzionario all'amministrazione (Sez. 3, n. 24744/2006, Federico, Rv. 594174-01; Sez. 3, n. 20986/2007, Talevi, Rv. 599818-01; Sez. 3, n. 02089/2008, Fantacchiotti, Rv. 601286-01; Sez. 3, n. 29727/2011, Carluccio, Rv. 621066-01; Sez. 3, n. 21408/2014, D'Amico, Rv. 632581-01), e l'opposto indirizzo per il quale il criterio di imputazione della responsabilità è, invece, quello “privatistico” di cui all'art. 2049 c.c., con la conseguenza che tra la pubblica amministrazione e il funzionario intercorre un rapporto di preposizione e la responsabilità dell'ente pubblico è di tipo oggettivo e deve ritenersi sussistente anche nell'ipotesi di perseguimento, da parte dell'autore del danno, di finalità egoistiche e personali, ove ricorra un rapporto di occasionalità necessaria tra la condotta dannosa e le mansioni espletate (Sez. 3, n. 06970/2001, Lucentini, Rv. 546883-01; Sez. 3, n. 18184/2007, Lanzillo, Rv. 599157-01; Sez. 3, n.

17836/2007, Mazza, Rv. 598613-01; Cass. pen, n. 33562/2003, imp. C., Rv. 226132-01; Cass. pen., Sez. 3, 5 giugno - 1° ottobre 2013, n. 40613, P. ed altro, Rv. 256978-01; Cass. pen., Sez. 6, 20 gennaio - 31 marzo 2015, n. 13799, P.C. in proc. P., Rv. 262945-01; Cass. pen. Sez. 5, 3 aprile - 19 luglio 2017, n. 35588, imp. P., Rv. 27120-01).

Sul versante processuale merita, infine, di essere segnalata **Sez. 3, n. 33764/2019, Guizzi, non massimata**, la quale ha riaffermato il principio, già enunciato da Sez. 3, n. 04895/1979, Bile, Rv. 401533-01, secondo il quale non integra mutamento di domanda nel giudizio di appello, precluso dall'art 345 c.p.c., la modifica della definizione del titolo (dolo o colpa) di imputabilità del comportamento del commesso, essendo detta definizione irrilevante ai fini della domanda proposta a norma dell'art. 2049 c.c.

10.3. Attività pericolose (art. 2050 c.c.).

Per quanto concerne la responsabilità per attività pericolose, le ultime pronunce di legittimità hanno offerto utili indicazioni ermeneutiche tanto con riferimento alla nozione di attività pericolosa, quanto con riguardo all'oggetto della prova liberatoria idonea a vincere la presunzione di responsabilità posta dall'art. 2050 c.c.

Sez. 3, n. 28626/2019, De Stefano, Rv. 655827-01 ha, infatti, chiarito che la responsabilità per esercizio di attività pericolosa *ex* art. 2050 c.c., che può prescindere dall'attività in sé e per sé considerata e riguardare, invece, la pericolosità dei beni, non si configura in danno del produttore e del distributore e a favore di chi professionalmente impieghi gli oggetti potenzialmente lesivi come materie prime di una fase autonoma di un successivo ciclo produttivo, assumendo così oneri di precauzione adeguati a quello sviluppo, a meno che il danneggiato non provi, impregiudicati eventuali altri titoli di responsabilità, il nesso causale tra la fase specifica dell'attività pericolosa gestita dalle controparti e il danno subito.

Ancora, a proposito della nozione di attività pericolosa, **Sez. 3, n. 08449/2019, Guizzi, Rv. 653263-01**, ha delineato la distinzione tra pericolosità della condotta e pericolosità dell'attività in quanto tale, precisando che la prima riguarda un'attività normalmente innocua che assume i caratteri della pericolosità a causa della condotta imprudente o negligente dell'operatore ed è elemento costitutivo della responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., mentre la seconda concerne un'attività che, invece, è di per sé potenzialmente dannosa per l'alta percentuale di pregiudizi che può provocare in ragione della sua natura o della tipologia dei mezzi adoperati e rappresenta una componente della responsabilità disciplinata dall'art. 2050 c.c. Sulla scorta di tali premesse, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva desunto la pericolosità dell'attività di calata passiva lungo una parete rocciosa dal

fatto che la stessa fosse stata svolta da adolescenti principianti per la cui partecipazione si era resa necessaria una preparazione di quarantacinque minuti sulle tecniche di discesa ed utilizzo della corda, della cintura di sicurezza e della intera imbragatura.

La produzione e distribuzione di energia elettrica costituisce attività pericolosa per i rischi cui espone e implicati dalla materia trattata, a prescindere quindi dalla circostanza che si tratti di rischi da contatto o (come nella specie) di guasti alla distribuzione (**Sez. 3, n. 32498/2019, Porreca, Rv. 656141-01**).

L'accertamento in concreto se un'attività non espressamente qualificata come pericolosa da una disposizione di legge possa o meno essere considerata tale ai sensi dell'art. 2050 c.c. è rimesso in via esclusiva al giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità, ove correttamente e logicamente motivato. In tali termini si è espressa **Sez. 3, n. 04545/2019, Di Florio, Rv. 652826-01**, rifacendosi ad un indirizzo più che consolidato (sul quale si vedano, tra le più recenti, Sez. 3, n. 01195/2007, Finocchiaro, Rv. 595635-01; Sez. 3, n. 08095/2006, Durante, Rv. 588729-01).

Per quanto concerne, invece, il contenuto della prova liberatoria di cui è onerato l'esercente l'attività pericolosa, **Sez. 3, n. 13579/2019, Guizzi, Rv. 654193-01**, sviluppando un precedente orientamento (per il quale si vedano Sez. 3, n. 03022/2001, Durante, Rv. 544329-01; Sez. 3, n. 07298/2003, Segreto, Rv. 562953-01; Sez. 3, n. 17851/2003, Durante, Rv. 568395-01), ha ribadito che l'esercente di un'attività di esecuzione di lavori sulla pubblica strada - da considerarsi pericolosa, *ex art. 2050 c.c.* costituendo i lavori stessi fonte di pericolo per gli utenti - è assoggettato alla presunzione di responsabilità di cui alla norma codicistica in relazione ai danni subiti dagli utenti della strada a causa e nello svolgimento dell'attività stessa; presunzione che lo stesso può vincere fornendo la dimostrazione di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, in ordine alla scelta delle quali egli dispone di un margine di discrezionalità, fermo restando che tale facoltà di scelta non investe, però, quelle misure preventive che già la legge impone di adottare, ma è relativa solo a quelle aggiuntive che la situazione del caso concreto e/o i progressi della tecnica consigliano, sicché deve ritenersi non superata la presunzione di responsabilità da parte dell'esercente predetto che abbia adottato misure diverse da quelle prescritte da norme legislative (o regolamentari), senza che vi sia alcuna possibilità, in tal caso, di valutarne l'idoneità.

Conformandosi a tale principio, la Terza Sezione civile ha cassato la decisione di merito che erroneamente aveva posto a carico dei congiunti della vittima di un sinistro mortale la dimostrazione della sussistenza delle condizioni che imponevano all'esercente di istituire un "senso unico alternato" sulla strada, essendo viceversa, a

carico del predetto la dimostrazione di aver adottato la misura de *qua* come stabilito dall'art. 42 del d.P.R. n. 495 del 1992.

Sempre con riferimento alla prova liberatoria, importanti precisazioni sono state svolte da **Sez. 3, n. 06587/2019, Moscarini, Rv. 652845-01**, secondo la quale in materia di danni conseguenti alla produzione e immissione in commercio di farmaci, l'impresa farmaceutica è tenuta a dimostrare di avere osservato, prima della produzione e immissione sul mercato del farmaco, i protocolli di sperimentazione previsti dalla legge, e di avere fornito un'adeguata informazione circa i possibili effetti indesiderati dello stesso, aggiornandola, se necessario, in relazione all'evoluzione della ricerca. In applicazione di tale principio la Corte ha cassato la sentenza di merito che, con riguardo all'effetto indesiderato di un farmaco, del quale non si conosceva la causa, riscontrabile con una percentuale di uno su un milione, aveva ritenuto non raggiunta la prova liberatoria, nonostante la relativa segnalazione nel foglietto illustrativo.

10.4. Cose in custodia (art. 2051 c.c.).

Nel corso dell'annualità in rassegna gli interventi della Corte in materia di responsabilità per cose in custodia hanno riguardato principalmente la nozione di fortuito rilevante ai fini dell'esonero da responsabilità del custode e, più in generale, la natura della fattispecie *ex* art. 2051 c.c.

La significativa produzione giurisprudenziale in materia, orientata dalle direttrici ermeneutiche tracciate da Sez. 3, n. 02480/2018, De Stefano, Rv. 647934-01; Sez. 3, n. 02481/2018, Vincenti, Rv. 647935-01; Sez. 3, n. 02482/2018, Vincenti, Rv. 647936-01 e 647936-02, Sez. 3, n. 02483/2018, Vincenti, Rv. 648247-01 ha, per lo più, confermato l'opzione teorica per il modello della responsabilità oggettiva fondata sul solo nesso causale tra la cosa e l'evento dannoso. Non sono, tuttavia, mancate pronunce che, divergendo da tale impostazione, hanno attribuito rilevanza alla condotta del custode e all'osservanza, da parte di questo, dei doveri inerenti alla custodia.

Alla stregua della prima impostazione, il fortuito rilevante ai fini dell'art. 2051 c.c. va identificato con il fattore causale estraneo alla sfera soggettiva del custode connotato dai caratteri dell'imprevedibilità ed eccezionalità.

Come già puntualizzato dalle richiamate pronunce del 2018, l'imprevedibilità del caso fortuito è da intendersi come obiettiva inverosimiglianza dell'evento, benché non anche come sua impossibilità, mentre l'eccezionalità va intesa come sensibile deviazione dalla frequenza statistica accettata come normale, vale a dire di ricorrenza ordinaria o tollerabile e, in quanto tale, definibile come ragionevole. L'imprevedibilità deve, tuttavia, essere oggettiva, non assumendo rilevanza eventuali

profili di colpa del custode, se non al fine di rafforzare la prova dello stato di pericolosità della cosa, ovvero della sua attitudine a recare danno. Essa, dunque, non deve essere apprezzata dal punto di vista dell'agente, ma alla luce delle regole statistiche o scientifiche oggettivizzate in base alla loro preponderanza o comune accettazione (Sez. 3, n. 02480/2018, De Stefano, Rv. 647934-01).

In questa prospettiva **Sez. 3, n. 30521/2019, Iannello, Rv. 655971-03**, ha affermato che l'evento meteorologico integra l'ipotesi del caso fortuito, assumendo rilievo causale esclusivo allorquando rivesta i caratteri della imprevedibilità (da intendersi, in base al principio di regolarità causale, come obiettiva inverosimiglianza) e della eccezionalità (da intendersi come sensibile deviazione dalla frequenza statistica accettata come normale). Con specifico riguardo alle precipitazioni atmosferiche, l'accertamento della sussistenza di tali caratteri va compiuta non in base a nozioni di comune esperienza, ma con un'indagine orientata essenzialmente da dati scientifici di tipo statistico (i cd. dati pluviometrici) riferiti al contesto specifico di localizzazione della *res* oggetto di custodia.

In termini non dissimili si è espressa **Sez. 3, n. 14861/2019, Guizzi, Rv. 654206-01**, secondo la quale, in tema di responsabilità *ex* art. 2051 c.c., la riconducibilità degli eventi atmosferici alla nozione di caso fortuito è condizionata alla presenza dei requisiti dell'eccezionalità e dell'imprevedibilità, i quali non possono ritenersi provati per il solo fatto che sia stato dichiarato lo stato di emergenza, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 225 del 1992, poiché le leggi sulla protezione civile (prima la l. n. 996 del 1970 e poi la l. n. 225 del 1992), nel definire la tipologia degli eventi suscettibili di intervento, fanno riferimento al danno (o al pericolo di danno) ed alla straordinarietà dei mezzi destinati a farvi fronte ma non alle caratteristiche intrinseche degli eventi che di quel danno siano causa o concausa; sicché, la "calamità naturale", che determina lo stato di emergenza, non costituisce di per sé un evento eccezionale e imprevedibile, pur potendo essere determinata anche da eventi di tale natura, le cui caratteristiche devono essere accertate sulla base di elementi di prova concreti e specifici. In applicazione del suddetto principio, la Corte, in fattispecie di danni riportati da un'imbarcazione ormeggiata in un porto turistico, ha cassato con rinvio la sentenza con la quale, nel ritenere sussistente il caso fortuito, era stata attribuita efficacia dirimente all'adozione di un decreto emergenziale, che aveva interessato un amplissimo territorio, senza verificare l'incidenza, nel luogo del sinistro, dell'evento atmosferico verificatosi.

Sulla medesima linea interpretativa si è, infine, posta **Sez. 3, n. 04160/2019, Iannello, Rv. 652665-01**, secondo la quale la responsabilità *ex* art. 2051 c.c. dell'ente proprietario di una strada aperta al pubblico transito è configurabile, nel concorso degli altri presupposti, in presenza di un nesso causale tra la cosa in custodia e l'evento dannoso, il quale sussiste quando la cosa si inserisca, con qualificata capacità

eziologica, nella sequenza che porta all'evento e non rappresenti mera circostanza esterna, o neutra, o elemento passivo di una serie causale che si esaurisce all'interno e nel collegamento di altri e diversi fattori.

L'approccio soggettivo che attribuisce rilevanza all'attività diligente del custode sembra, invece, riemergere in alcune decisioni che hanno affrontato la questione della portata esimente dell'alterazione della *res* da parte di terzi.

Significativa, a riguardo, è **Sez. 3, n. 06326/2019, Valle, Rv. 653121-01**, la quale ha affermato che, in tema di danno cagionato *ex art.* 2051 c.c. da beni demaniali, grava sulla P.A. custode l'onere di provare la sussistenza di una situazione la quale imponga di qualificare come fortuito il fattore di pericolo, avendo esso esplicitato la sua potenzialità offensiva prima che fosse ragionevolmente esigibile l'intervento riparatore dell'ente custode. In applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la sentenza che aveva ritenuto provato il caso fortuito nella verifica del sinistro soltanto in ragione della consapevolezza, da parte dell'attore, della presenza sulla strada di ghiaia e sabbia che avevano causato la caduta, senza indagare se il Comune convenuto avesse dato prova di aver fatto quanto in suo potere per rimuovere o ridurre l'incidenza della situazione di pericolo. Nel senso della valorizzazione del dovere della P.A. di approntare misure idonee a neutralizzare la pericolosità della cosa (nella specie una strada c.d. bianca), va segnalata anche **Sez. 3, n. 05726/2019, Di Florio, Rv. 652995-01**.

Sulla stessa linea, **Sez. 3, n. 16295/2019, Di Florio, Rv. 654350-01**, ha affermato che la P.A. è liberata dalla responsabilità *ex art.* 2051 c.c. ove dimostri che l'evento sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, non conoscibili né eliminabili con immediatezza, neppure con la più diligente attività di manutenzione, ovvero da una situazione la quale imponga di qualificare come fortuito il fattore di pericolo, avendo esso esplicitato la sua potenzialità offensiva prima che fosse ragionevolmente esigibile l'intervento riparatore dell'ente custode. Sulla scorta di tali considerazioni, la Terza Sezione civile ha cassato la sentenza di appello che aveva escluso la responsabilità dell'ente comunale per omessa custodia dell'impianto pubblicitario dal quale era derivato il danno, assumendo che l'affidamento in gestione di esso a società privata valesse a far ritenere l'insussistenza della violazione del dovere di rimozione della situazione di pericolo.

Ancora, **Sez. 6-3, n. 01725/2019, Graziosi, Rv. 652290-01**, ha chiarito che, ai fini della responsabilità civile *ex art.* 2051 c.c., la custodia si concretizza non solo nel compimento sulla cosa degli interventi riparatori successivi, volti a neutralizzare, in un tempo ragionevole, gli elementi pericolosi non prevedibili, che si siano comunque verificati, ma anche in un'attività preventiva, che, sulla base di un giudizio di prevedibilità *ex ante*, predisponga quanto è necessario per prevenire danni eziologicamente attinenti alla cosa custodita; ne consegue che il caso fortuito idoneo

ad escludere la responsabilità può rinvenirsi anche nella condotta del terzo, o dello stesso danneggiato, purché si traduca in un'alterazione imprevista ed imprevedibile, oltre che non tempestivamente eliminabile o segnalabile, dello stato della cosa. Nella specie, la Corte ha cassato la sentenza con la quale il giudice di merito aveva escluso la responsabilità di un comune per i danni subiti dal conducente di un motociclo - caduto per la presenza sulla strada della cera sparsa dai partecipanti a una processione religiosa -, ravvisando il caso fortuito nella impossibilità di intervenire con immediatezza rispetto a un evento non prevedibile, sottolineando come l'ente pubblico fosse a conoscenza della processione e potesse perciò prevenire il danno, mediante l'apposizione di transenne o di cartelli che segnalassero il pericolo costituito dal manto stradale scivoloso.

Sviluppando le indicazioni ermeneutiche offerte dalle pronunce della Terza Sezione civile del 2018, sopra menzionate, alcune decisioni dell'annualità in rassegna hanno contribuito a delineare i criteri di apprezzamento dell'interferenza della condotta del danneggiato nel processo dannoso innescato dalla cosa in custodia.

La condotta del danneggiato può, infatti, atteggiarsi a fattore concausale ovvero elidere il nesso eziologico tra cosa e danno integrando il caso fortuito e il parametro in forza del quale discernere la prima dalla seconda ipotesi è rappresentato dalla prevedibilità ed evitabilità della pericolosità della cosa.

Il criterio adottato dalla più recente elaborazione giurisprudenziale è quello per il quale tanto più la situazione di pericolo creata dalla *res* è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte del danneggiato, quanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso causale tra il fatto e l'evento dannoso.

Alla luce di tale principio **Sez. 3, n. 02345/2019, Iannello, Rv. 652661-01**, ha cassato la sentenza di appello che aveva ritenuto sussistente la responsabilità del proprietario di un immobile per il decesso di un minore precipitato da una terrazza, nonostante fosse emerso che il ragazzo, in compagnia di coetanei, tra i quali anche il figlio del proprietario, si era introdotto nella terrazza dell'abitazione, priva di ringhiere di protezione, nonostante l'apertura della porta di accesso richiedesse una particolare manovra che solo chi ne fosse avvertito poteva conoscere e che, altrimenti, avrebbe certamente impedito l'accesso ad un estraneo.

In termini non dissimili si è espressa **Sez. 6-3, n. 09315/2019, Cirillo F.M., Rv. 653609-01**, secondo la quale in tema di responsabilità civile per danni da cose in custodia, la condotta del danneggiato, che entri in interazione con la cosa, si atteggia diversamente a seconda del grado di incidenza causale sull'evento dannoso, in applicazione - anche d'ufficio - dell'art. 1227, comma 1, c.c., richiedendo una

valutazione che tenga conto del dovere generale di ragionevole cautela, riconducibile al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost., sicché, quanto più la situazione di possibile danno è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione, da parte del danneggiato, delle cautele normalmente attese e prevedibili in rapporto alle circostanze del caso concreto, tanto più incidente deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente del medesimo nel dinamismo causale del danno, fino a rendere possibile che detto comportamento interrompa il nesso eziologico tra fatto ed evento dannoso, quando sia da escludere che lo stesso comportamento costituisca un'evenienza ragionevole o accettabile secondo un criterio probabilistico di regolarità causale, connotandosi, invece, per l'esclusiva efficienza causale nella produzione del sinistro.

Con specifico riferimento al presupposto della relazione di custodia, **Sez. 3, n. 05841/2019, Fiecconi, Rv. 652999-01**, ha, poi, precisato che la responsabilità *ex* art. 2051 c.c. derivante dalla custodia di un bene destinato all'attività di culto, anche se per consuetudine asservito ad un uso pubblico, grava sul proprietario del bene e non sull'ente territoriale sul quale il bene insiste, a meno che non siano dimostrati una detenzione o un potere di fatto di tale ultimo ente sulla cosa. Nella specie, la Corte ha ritenuto esente da critiche la sentenza impugnata per avere escluso che l'esistenza di un potere di fatto sulla scala di accesso ad un edificio di culto, teatro del sinistro, in capo al Comune proprietario delle adiacenti vie pubbliche fosse provato dall'invito rivolto, dopo l'incidente, dall'ente territoriale all'ente ecclesiastico proprietario della *res* a metterla in sicurezza.

Ancora, sulla nozione di custodia, di particolare interesse è **Sez. 3, n. 13966/2019, Iannello Rv. 654090-01**, secondo la quale, ove il proprietario di un impianto termico ne affidi, mediante contratto, la manutenzione ad un soggetto tecnicamente esperto, grava su quest'ultimo, quale "terzo responsabile" ai sensi dell'art. 31 della legge n. 10 del 1991, la responsabilità per il danno arrecato dall'impianto a terzi atteso che, ai sensi del secondo comma di tale disposizione e dell'art. 1, comma 1, lett. o), del d.P.R. n. 412 del 1993, l'affidamento della gestione e manutenzione e, quindi, della custodia dell'impianto comporta lo spostamento della responsabilità dal proprietario al delegato, ove il contratto di manutenzione risponda alle prescrizioni della citata legge n. 10 del 1991 e il delegato sia iscritto in apposito albo, possieda conoscenze tecniche adeguate alla complessità dell'impianto ed idonea capacità tecnica, economica e organizzativa, non coincida con il fornitore dell'energia e non deleghi a terzi l'attività di manutenzione. In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza di appello che aveva ritenuto sussistente il diritto del condominio proprietario di un impianto termico di rivalersi sulla società incaricata della manutenzione delle somme versate a titolo di risarcimento del danno per l'inquinamento ambientale causato dal carburante

fuoriuscito dall'impianto attraverso una griglia posta alla base della vasca di contenimento.

Sul versante processuale, meritano di essere menzionate **Sez. 6-3, n. 16636/2019, Tatangelo, Rv. 654322-01**, secondo cui nelle controversie aventi per oggetto il risarcimento dei danni derivanti dallo straripamento di un corso d'acqua pubblico per omessa cura o manutenzione dello stesso, *ex art. 140, lett. e), del r. d. n. 1775 del 1933*, spettano alla competenza dei tribunali regionali delle acque le domande in relazione alle quali l'esistenza dei danni dipenda dall'esecuzione, dalla manutenzione o dal funzionamento di un'opera idraulica, mentre restano riservate alla cognizione del giudice in sede ordinaria quelle aventi per oggetto pretese che si ricollegano solo indirettamente e occasionalmente alle vicende relative al governo delle acque, atteso che la competenza del giudice specializzato si giustifica in presenza di comportamenti, commissivi o omissivi, che implicino apprezzamenti circa la deliberazione, la progettazione e l'attuazione di opere idrauliche o comunque scelte della P.A. dirette alla tutela di interessi generali correlati al regime delle acque pubbliche; e **Sez. 3, n. 09318/2019, Scarano, Rv. 653272-01**, secondo la quale l'inosservanza, da parte della P.A., nella gestione e manutenzione dei beni che ad essa appartengono, delle regole tecniche, ovvero dei canoni di diligenza e prudenza, può essere denunciata dal privato dinanzi al giudice ordinario non solo ove la domanda sia volta a conseguire la condanna della P.A. al risarcimento del danno patrimoniale, ma anche ove sia volta a conseguire la condanna della stessa ad un *facere*, giacché la domanda non investe scelte ed atti autoritativi dell'amministrazione, ma attività soggetta al rispetto del principio del *neminem laedere*. Né è di ostacolo il disposto dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000 - che devolve al giudice amministrativo le controversie in materia di urbanistica ed edilizia - giacché, a seguito della sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, tale giurisdizione esclusiva non è estensibile alle controversie nelle quali la P.A. non eserciti alcun potere autoritativo finalizzato al perseguimento di interessi pubblici alla cui tutela sia preposta.

10.5. Responsabilità per il fatto degli animali (art. 2052 c.c.).

Nel 2019 in materia di responsabilità *ex art. 2052 c.c.* non si sono registrate pronunce innovative rispetto all'elaborazione giurisprudenziale precedente.

Sez. 3, n. 05722/2019, Fieconci, Rv. 652994-01, in continuità con un risalente indirizzo, ha ribadito che in tema di responsabilità extracontrattuale, il danno cagionato dalla fauna selvatica in circolazione è risarcibile non *ex art. 2052 c.c.*, essendo lo stato di libertà della selvaggina incompatibile con qualsiasi obbligo di custodia a carico della P.A., ma, anche dopo l'entrata in vigore della l. n. 157 del

1992, in forza dell'art. 2043 c.c., con la conseguenza che, in base all'onere probatorio stabilito da tale ultima disposizione, spetta al danneggiato provare una condotta colposa dell'ente pubblico causalmente efficiente rispetto al danno. In applicazione di tale principio – più volte ribadito dalle pronunce di legittimità, tra le quali si vedano Sez. 1, n. 09276/2014, Macioce, Rv. 631131-01; Sez. 3, n. 27673/2008, Filadoro, Rv. 605619-01; Sez. 3, n. 10008/2003, Perconte Licatese, Rv. 564507-01), la Terza Sezione civile ha confermato la sentenza che aveva respinto la domanda, proposta contro la regione, di risarcimento dei danni provocati dall'aggressione di un coltivatore diretto da parte di un cinghiale proveniente da una confinante oasi naturale, non potendo essere pretese la recinzione o la segnalazione generalizzata di tutti i perimetri boschivi, indipendentemente dalle loro peculiarità concrete, e non essendo stato provato che il luogo del sinistro fosse all'epoca abitualmente frequentato da animali selvatici, in un numero eccessivo di esemplari tale da costituire un vero e proprio pericolo per le proprietà vicine anche se adeguatamente protette ovvero teatro di precedenti incidenti.

Merita, altresì, di essere segnalata **Sez. 3, n. 06737/2019, Rubino, Rv. 653256-01**, la quale, in linea con un precedente orientamento (per il quale si veda Sez. 3, n. 16637/2008, Filadoro, Rv. 603826-01), ha ribadito che il gestore del maneggio risponde quale esercente di attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., dei danni riportati dai soggetti partecipanti alle lezioni di equitazione, qualora gli allievi siano principianti, ed ai sensi dell'art. 2052 c.c., nel caso di allievi esperti, con la conseguenza che il danneggiante è onerato, nel primo caso, della prova liberatoria consistente nell'aver fatto tutto il possibile per evitare il danno e, nel secondo caso, della prova del caso fortuito interruttivo del nesso causale, che può derivare anche da comportamento del terzo o dello stesso danneggiato.

10.6. Il danno da circolazione di veicoli (art. 2054 c.c.).

In tema di danno derivante dalla circolazione dei veicoli, nel corso dell'anno 2019 la Cassazione è tornata a pronunciarsi su alcune fattispecie ricorrenti. Con riferimento all'investimento del pedone, **Sez. 6-3, n. 02241/2019, Scarano, Rv. 652291-01**, ha ritenuto che, stante la presunzione del 100% di colpa in capo al conducente del veicolo di cui all'art. 2054, comma 1, c.c., ai fini della valutazione e quantificazione del concorso di colpa del pedone occorre accertare, in concreto, la sua percentuale di colpa e ridurre progressivamente quella presunta a carico del conducente (in applicazione del principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente in capo al pedone il 60% della colpa nella causazione del sinistro di cui era rimasto vittima, per non aver attraversato

utilizzando le strisce pedonali, con conseguente riduzione della percentuale di colpa in capo al conducente del veicolo).

Altre pronunce riguardano la posizione del terzo trasportato.

In primo luogo, **Sez. 3, n. 25033/2019, Guizzi, Rv. 655176-01**, ha ribadito che, ai sensi dell'art. 141 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, la persona trasportata può avvalersi dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazioni del veicolo sul quale viaggiava al momento del sinistro soltanto se in quest'ultimo siano rimasti coinvolti, pur in mancanza di un urto materiale, ulteriori veicoli (mentre, nel caso di specie, l'attore era trasportato a bordo di un motoveicolo che aveva subito una brusca caduta al suolo).

Sez. 6-3, n. 16143/2019, Scrima, Rv. 654314-01, si è occupata, poi, del caso in cui il trasportato patisca danni in conseguenza di un sinistro ascrivibile alla responsabilità tanto del vettore, quanto del titolare di un terzo veicolo, affermando che, costui, al fine di pretendere il risarcimento integrale da uno qualsiasi tra i due responsabili (e dai loro assicuratori della r.c.a.) o da entrambi, in virtù del principio generale della solidarietà tra i coautori di un fatto illecito di cui all'art. 2055 c.c., deve indicare la propria qualità di trasportato nella *causa petendi* della domanda risarcitoria, allegando che, proprio in quanto trasportato, ha diritto all'integrale risarcimento e può chiederlo a sua scelta a ciascuno dei responsabili. **Sez. 3, n. 12704/2019, Guizzi, Rv. 653918-01**, in una fattispecie non caratterizzata dallo scontro di veicoli, ha osservato che il conducente convenuto in giudizio dal terzo trasportato, al fine di vincere la presunzione di responsabilità posta a suo carico dall'art. 2054, comma 1, c.c., deve fornire la prova positiva di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno (cassando la decisione di merito che aveva, invece, affermato che era il terzo trasportato a dover dimostrare la colpa del conducente del veicolo a bordo del quale viaggiava). Ancora, **Sez. 3, n. 08443/2019, Guizzi, Rv. 653261-01**, ha ritenuto legittima la riduzione del risarcimento riconosciuto ai congiunti del terzo trasportato deceduto a seguito di un sinistro stradale, il quale, non indossando la cintura di sicurezza, aveva colposamente concorso nell'azione produttiva dell'evento.

Infine, in materia processuale, merita una menzione **Sez. 3, n. 14873/2019, Olivieri, Rv. 653926-01**, secondo cui l'art. 145 del d.lgs. n. 209 del 2005, ai sensi del quale l'azione per il risarcimento dei danni causati dalla circolazione dei veicoli a motore può essere proposta solo dopo che siano decorsi sessanta giorni da quello in cui il danneggiato abbia chiesto il risarcimento del danno all'impresa di assicurazione, non trova applicazione nell'ipotesi in cui il medesimo assicuratore, convenuto in giudizio per l'integrale risarcimento, proceda alla chiamata in garanzia impropria di un altro danneggiante (e del suo assicuratore) per sentirlo dichiarare corresponsabile dei danni lamentati dall'attore, ai fini della ripartizione interna *ex* art. 2055 c.c. dell'obbligazione solidale, atteso che tale domanda non ha ad oggetto

alcuna richiesta di risarcimento del danno, trovando invece titolo nella disciplina dei rapporti tra coobbligati solidali.

10.7. La responsabilità per danno da prodotto difettoso.

Legittimato passivo rispetto all'azione di risarcimento dei danni in discorso è, anzitutto, il produttore. A mente di **Sez. 3, n. 21841/2019, Scarano, Rv. 654784-01**, tale qualità compete, secondo la disciplina previgente di cui all'art. 3, comma 3, d.p.r. n. 224 del 1988, a colui che si presenti come tale apponendo il proprio nome, marchio, o altro segno distintivo sul prodotto o sulla confezione, non essendo tuttavia sufficiente l'utilizzo di un nome, apposto sul prodotto, che appartenga ad altri soggetti (nel caso di specie, relativo al danno provocato da un veicolo, non è stata ritenuta idoneo presupposto la circostanza che, nella denominazione sociale del convenuto, era contenuto il nome del marchio apposto sul mezzo, comune ad altre società del medesimo gruppo). Pronunciandosi in tema di danno cagionato dal mancato funzionamento dell'*airbag* di un'autovettura, **Sez. 3, n. 27596/2019, Sestini, Rv. 655573-01**, ha puntualizzato che, nel caso in cui il produttore risieda all'interno dell'Unione Europea, la legittimazione passiva rispetto alla domanda risarcitoria del consumatore, ai sensi dell'art. 3, comma 4, d.P.R. n. 224 del 1988 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie), compete a lui, e non già all'importatore o al distributore in Italia del prodotto. Sempre con riferimento ai danni provocati dal vizio di costruzione di un'autovettura, **Sez. 3, n. 25023/2019, Scarano, Rv. 655371**, ha ritenuto applicabile non già la disciplina della r.c.a., bensì, per l'appunto, quella sulla responsabilità del costruttore da prodotto difettoso.

CAPITOLO XII

LE RESPONSABILITÀ PROFESSIONALI

(DI IRENE AMBROSI)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La responsabilità del medico. - 3. La responsabilità dell'avvocato. - 4. La responsabilità del notaio. - 5. La responsabilità del commercialista. - 6. La responsabilità dell'architetto. - 7. La responsabilità dell'intermediario finanziario.

1. Premessa.

Anche nel corso dell'anno 2019, il tema delle responsabilità professionali è stato oggetto di numerose pronunce che hanno riguardato un duplice ordine di questioni, da un canto, l'ambito di estensione della diligenza qualificata esigibile da parte del professionista, con particolare riguardo al diritto all'autodeterminazione dell'altro contraente, e da un altro canto, i criteri di riparto dell'onere probatorio tra professionista e danneggiato.

2. La responsabilità del medico.

Nel settore delle obbligazioni inerenti le prestazioni professionali, il maggior numero di pronunce si è registrato, anche nell'anno in corso, con riferimento all'ambito sanitario. Le questioni sulle quali le decisioni in esame si sono espresse ineriscono, innanzitutto, al tema del nesso di causa declinato nelle diverse ipotesi di inesatto adempimento della prestazione sanitaria, di perdita di *chance* e di violazione dell'obbligo del consenso informato; in secondo luogo, al tema del diritto di rivalsa della struttura sanitaria che ha risarcito il terzo danneggiato nei confronti del medico; in terzo luogo, al tema del diritto intertemporale con particolare riferimento alla controversa applicabilità delle disposizioni concernenti la responsabilità sanitaria previste dal decreto legge 13 settembre 2012 n. 158, conv. con modif., in legge 8 novembre 2012 n. 189 (cd. decreto Balduzzi) e di quelle successive contenute nella legge 8 marzo 2017 n. 24 (cd. Gelli-Bianco), alle fattispecie di danno verificatesi anteriormente; infine, ai rapporti tra giudizio civile e giudizio penale, con particolare riferimento al giudizio civile di rinvio *ex art. 622 c.p.p.*

In questo quadro di insieme, di sicuro rilievo appaiono le affermazioni di carattere generale formulate in tema di criteri di riparto della prova del nesso causale nella responsabilità sanitaria; ha precisato al riguardo la Suprema Corte che il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore) ma del diritto alla salute (interesse primario presupposto a quello

contrattualmente regolato), sicché, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione (**Sez. 3, n. 28991/2019, Scoditti, Rv. 655828-01**).

Nello stesso ambito relativo ai criteri di riparto della prova del nesso causale in tema di responsabilità medica, è stato affermato che ove l'atto terapeutico sia consistito in una serie di successivi interventi chirurgici di carattere "riparatorio" e dall'esito non risolutivo, inseriti nell'ambito di un pregiudizio già verificatosi a causa di un primo intervento, l'onere di dimostrare che, se adeguatamente informata, la paziente avrebbe verosimilmente rifiutato di sottoporvisi, ricade sul medico, proprio in considerazione dell'esito non risolutivo dei medesimi con riferimento ad intervento non correttamente eseguito (**Sez. 3, n. 23328/2019, Positano, Rv. 655489-02**). D'altro canto, sul contenuto della diligenza specifica richiesta al sanitario, è stato precisato che non spetta al primario di chirurgia od al chirurgo operatore il controllo diretto sul sangue, la corretta tenuta dei registri o la verifica della preventiva sottoposizione a tutti i test sierologici richiesti dalla legge delle sacche di sangue trasfuse, poiché si tratta di accertamenti di competenza del centro trasfusionale, che trasmette al reparto richiedente le dette sacche regolarmente etichettate. In particolare, solo il responsabile dell'acquisizione del sangue - il primario di ematologia, che dirige il citato centro trasfusionale - può rispondere della non completa compilazione della scheda di ciascuna sacca, della mancata esecuzione, da parte di tale centro, dei controlli di legge o dell'omessa annotazione sulle sacche in esame delle indicazioni imposte dalla normativa. Nella specie, la Suprema Corte ha escluso la responsabilità del primario del reparto di ostetricia e ginecologia di un ospedale per le lesioni patite da una donna dal medesimo operata in conseguenza della trasfusione di sangue infetto proveniente dal centro trasfusionale interno della struttura interessata, del quale esisteva un apposito responsabile (**Sez. 3, n. 25764/2019, Rubino, Rv. 655373-01**).

In tema di responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria è stato ribadito in linea di continuità con la precedente giurisprudenza che essa è configurabile, oltre che nei confronti del paziente, anche relativamente a soggetti terzi cui si estendono gli effetti protettivi del contratto con la conseguenza che il contratto stipulato tra una gestante, una struttura sanitaria ed un medico, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza, riverbera per sua natura effetti protettivi a vantaggio anche del padre del

concepito, il quale in caso di inadempimento, è perciò legittimato ad agire per il risarcimento del danno (**Sez. 3, n. 10812/2019, Scarano, Rv. 653826**).

Sotto altro profilo, la Corte ha ribadito (quanto già affermato in via generale da Sez. 3, n. 05641/2018, Travaglino, Rv. 648461-03) che il concetto di perdita di *chance* a carattere non patrimoniale consiste nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente - secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica - alla condotta colposa del sanitario ed integra evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perduta possibilità sia apprezzabile, seria e consistente. Nella fattispecie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la sussistenza di una perdita di *chance* rilevando che, anche in caso di corretta esecuzione della prestazione sanitaria, la possibilità di sopravvivenza della paziente era talmente labile e teorica da non poter essere determinata neppure in termini probabilistici (**Sez. 3, n. 28993/2019, Valle, Rv. 653826**).

Con riferimento al pregresso stato morbosso del paziente/danneggiato, la Suprema Corte ha precisato in quali ipotesi la precedente lesione o menomazione in capo al danneggiato sia priva o meno di interdipendenza funzionale con l'accertata condotta colposa del sanitario, ma dotata di efficacia concausale nella determinazione dell'unica e complessiva situazione patologica riscontrata. In tale ambito, è stato affermato che se al pregresso stato morbosso non può attribuirsi rilievo sul piano della ricostruzione del nesso di causalità, appartenendo ad una serie causale del tutto autonoma rispetto a quella in cui si inserisce il contegno del sanitario, se ne può attribuire rilievo sul piano della determinazione equitativa del danno, potendosi così pervenire - sulla base di una valutazione da effettuarsi, in difetto di qualsiasi automatismo riduttivo, con ragionevole e prudente apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto - solamente ad una delimitazione del *quantum* del risarcimento (**Sez. 3, n. 10812/2019, Scarano, Rv. 653826-02**).

Nello stesso ambito concausale, ma con riferimento al criterio di liquidazione del danno, è stato ritenuto che l'apprezzamento delle menomazioni preesistenti "concorrenti" in capo al danneggiato rispetto al maggior danno causato dall'illecito va compiuto stimando, prima, in punti percentuali l'invalidità complessiva, risultante cioè dalla menomazione preesistente sommata a quella causata dall'illecito e poi quella preesistente all'illecito, convertendo entrambe le percentuali in una somma di denaro, con la precisazione che in tutti quei casi in cui le patologie pregresse non impedivano al danneggiato di condurre una vita normale lo stato di invalidità anteriore al sinistro dovrà essere considerato pari al cento per cento; procedendo infine a sottrarre dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata

quello corrispondente al grado di invalidità preesistente, fermo restando l'esercizio del potere discrezionale del giudice di liquidare il danno in via equitativa secondo la cd. equità giudiziale correttiva od integrativa, ove lo impongano le circostanze del caso concreto (**Sez. 3, n. 28986/2019, Rossetti, Rv. 656174 - 02**).

Diverse rilevanti pronunce hanno avuto ad oggetto la responsabilità del medico con particolare riguardo al dovere di acquisire il consenso informato del paziente sia nel caso di dedotta violazione del diritto all'autodeterminazione sia di lesione del diritto alla salute nel rispetto del diritto all'autodeterminazione del paziente.

In via generale, è stato riaffermato che l'acquisizione del consenso informato preventivo al trattamento sanitario costituisce prestazione altra e diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico e si pone come strumentale rispetto a questa (**Sez. 3, n. 01043/2019, Guizzi, Rv. 652657-01**), con la conseguenza che l'errata esecuzione di quest'ultimo dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo di informazione, anche in ragione della diversità dei diritti - rispettivamente, all'autodeterminazione delle scelte terapeutiche ed all'integrità psicofisica - pregiudicati nelle due differenti ipotesi (**Sez. 3, n. 16892/2019, Scarano, Rv. 652657-01**). Inoltre, la S.C. ha ribadito che il diritto al consenso informato del paziente in quanto diritto irretrattabile della persona va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale *deficit* di informazione, il paziente non è stato messo in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica (**Sez. 3, n. 10423/2019, Guizzi, Rv. 653580-01**).

Nello stesso solco, è stato precisato, per un verso, che nell'ipotesi di colpevole ritardo nella diagnosi di patologie ad esito infausto, l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio recato alla integrità fisica del paziente, né nella perdita di *chance* di guarigione, ma include la perdita di un "ventaglio" di opzioni con le quali scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita, che determina la lesione di un bene reale, certo - sul piano sostanziale - ed effettivo, apprezzabile con immediatezza, qual è il diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali; in tale prospettiva, il diritto di autodeterminarsi riceve positivo

riconoscimento e protezione non solo mediante il ricorso a trattamenti lenitivi degli effetti di patologie non più reversibili, ovvero, all'opposto, mediante la predeterminazione di un percorso che porti a contenerne la durata, ma anche attraverso la mera accettazione della propria condizione (**Sez. 3, n. 10424/2019, Guizzi, Rv. 653581-01**). Per l'altro, è stato sottolineato che in tema di attività medico-chirurgica il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone. (**Sez. 3, n. 23328/2019, Positano, Rv. 655489-01**).

In continuità con la precedente giurisprudenza (**Sez. 3, n. 02369/2018, Gianniti, Rv. 647593-01**) è stato ribadito che anche nel caso in cui l'atto sia stato correttamente eseguito *secundum legem artis*, può essere riconosciuto il risarcimento del danno alla salute per la verifica degli effetti dannosi, solo ove il paziente allegghi e provi, anche in via presuntiva, che, se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi a detto intervento ovvero avrebbe vissuto il periodo successivo ad esso con migliore e più serena predisposizione ad accettarne le eventuali conseguenze e sofferenze. (**Sez. 3, n. 27607/2019, Dell'Utri, Rv. 655495-01**).

Alcune importanti affermazioni di principio sono state formulate con specifico riferimento alla violazione da parte del medico del dovere di informare il paziente.

In primo luogo, in sintonia con la precedente giurisprudenza, si è ribadito che da tale violazione possano scaturire due diversi tipi di danni: un danno alla salute, sussistente quando sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti; nonché un danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, il quale sussiste quando, a causa del *deficit* informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute (**Sez. 3, n. 28985/2019, Olivieri, 656134-04**).

In secondo luogo è stato sottolineato che la manifestazione del consenso del paziente alla prestazione sanitaria, in quanto diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, trova fondamento diretto nei principi degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.; pertanto, la circostanza che esso abbia trovato espressa previsione nelle fonti

eurounitarie ed internazionali (art. 3, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 5 Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina) solo successivamente al trattamento terapeutico praticato (nella specie, risalente al 1989) non può essere invocata per sostenere l'inesistenza, in epoca antecedente, dello specifico obbligo del medico di informare correttamente il paziente della tipologia e modalità delle cure, dei benefici conseguibili, dei possibili effetti indesiderati e del rischio di complicanze anche peggiorative dello stato di salute (**Sez. 3, n. 28985/2019, Olivieri, 656134-01**).

E' stato poi osservato in tema di onere della prova sulle conseguenze dannose derivanti dalla lesione del diritto all'autodeterminazione e di risarcimento del danno, che il paziente è tenuto ad allegare, secondo un nesso di regolarità causale, le conseguenze specifiche che sono derivate dalla lesione del diritto all'autodeterminazione (conseguenze di un atto terapeutico eseguito in mancanza di un consenso legittimamente prestato) e a dimostrare il fatto positivo costituito dal rifiuto che egli avrebbe opposto al medico e il presupposto della domanda risarcitoria costituito dalla sua diversa scelta soggettiva, rispetto alla quale l'attribuzione dell'onere probatorio si basa sul criterio della cosiddetta "vicinanza della prova" e sulla presunzione che il discostamento dalla valutazione di necessità od opportunità dell'intervento operata dal medico costituisce eventualità non corrispondente *all'id quod plerumque accidit*; tale prova può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, non potendosi desumere la sussistenza di un danno risarcibile dalla sola omessa informazione, attesa la non configurabilità di danni *in re ipsa* nell'attuale sistema della responsabilità civile (**Sez. 3, n. 28985/2019, Olivieri, 656134-05**).

Infine, è stato affermato che, sebbene l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente sia autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico (comportando la violazione dei distinti diritti alla libertà di autodeterminazione e alla salute), in ragione dell'unitarietà del rapporto giuridico tra medico e paziente - che si articola in plurime obbligazioni tra loro connesse e strumentali al perseguimento della cura o del risanamento del soggetto - non può affermarsi una assoluta autonomia dei due illeciti tale da escludere ogni interferenza tra gli stessi nella produzione del medesimo danno; è possibile, invece, che anche l'inadempimento dell'obbligazione relativa alla corretta informazione sui rischi e benefici della terapia si inserisca tra i fattori "concorrenti" della serie causale determinativa del pregiudizio alla salute, dovendo quindi riconoscersi all'omissione del medico una astratta capacità plurioffensiva, potenzialmente idonea a ledere due diversi interessi sostanziali, entrambi suscettibili di risarcimento qualora sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate specifiche conseguenze dannose (**Sez. 3, n. 28985/2019, Olivieri, Rv. 656134-02**).

Di notevole rilievo la decisione assunta dalla Suprema Corte sul controverso tema della misura del diritto di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti del medico; l'occasione per analizzare la relazione solidale che si instaura nei rapporti interni tra medico e struttura, anche alla luce della peculiare azione di "rivalsa" disciplinata dall'art. 9 della legge 24 del 2017, è stata offerta da un ricorso per cassazione avente ad oggetto la domanda risarcitoria per i danni conseguiti da tre interventi chirurgici di mastoplastica, per i quali era stata affermata la responsabilità solidale della struttura e del medico sia in prime cure sia in appello.

In particolare la pronuncia ha sottolineato come la citata legge n. 24, con riferimento alla rivalsa, superi il problema della recuperabilità totale o parziale della somma versata a titolo di risarcimento, in quanto impedisce alla struttura, pubblica o privata, di recuperare un importo "superiore al triplo del maggior reddito" percepito dal sanitario nel triennio (art. 9, comma 5, e art. 9, comma 6), mentre alcuna disposizione è dettata per l'azione di rivalsa nel regime precedente all'entrata in vigore della menzionata legge. In relazione a tale regime, la Corte ha ritenuto che nel rapporto interno tra la struttura sanitaria e il medico, la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva di quest'ultimo deve essere ripartita in misura paritaria secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, e 2055, comma 3, c.c., in quanto la struttura accetta il rischio connaturato all'utilizzazione di terzi per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale, a meno che dimostri un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile (e oggettivamente improbabile) devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute che è oggetto dell'obbligazione (**Sez. 3, n. 28987/2019, Porreca, Rv. 655790-01**).

Sulle questioni di diritto intertemporale in tema di responsabilità sanitaria, la Corte ha escluso che le norme poste dagli artt. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, convertito dalla legge n. 189 del 2012, e dall'art. 7, comma 3, della legge n. 24 del 2017, abbiano efficacia retroattiva, affermando che non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore (**Sez. 3, n. 28994/2019, Valle, Rv. 655792-01**).

Con riguardo ai rapporti tra giudizio penale e giudizio civile, la Suprema Corte ha ribadito il principio già enunciato nel corso del 2019 in via generale (**Sez. 3, n. 15859/2019, Tatangelo, Rv. 654290-01**), nell'ambito particolare della responsabilità sanitaria, affermando che nel giudizio civile di rinvio *ex* art. 622 c.p.p. si determina una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile, sicché la Corte di appello civile competente per valore, cui la Cassazione in sede penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo e oggettivo dell'illecito *ex* art. 2043 c.c., applica i criteri di accertamento della responsabilità civile, i quali non sono sovrapponibili ai più rigorosi canoni di valutazione penalistici, funzionali all'esercizio della potestà punitiva statale. Nella

fattispecie, la Corte ha confermato la pronuncia della corte d'appello adita in sede di rinvio, a seguito della cassazione, su ricorso delle parti civili, della sentenza di assoluzione di un medico imputato di omicidio colposo per avere prematuramente dimesso un paziente operato alla mano e deceduto per emorragia interna, la quale, rivalutando il fatto dal punto di vista civilistico, aveva ritenuto provata la grave negligenza del sanitario consistita nell'incompleta, imprudente e imperita valutazione del complesso quadro clinico in cui versava la vittima in quanto tossicodipendente e affetta da gravi patologie (**Sez. 3, n. 25917/2019, Fiecconi, Rv. 655376-02**).

3. La responsabilità dell'avvocato.

Con riferimento alle obbligazioni inerenti le prestazioni professionali in ambito legale, la Corte di legittimità ha reiterato alcune affermazioni già formulate in passato in tema di diligenza del professionista avvocato nei confronti del cliente, conformandole ad alcune fattispecie peculiari.

In via generale è stato ribadito che nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'obbligo di diligenza da osservare ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1176, comma 2, e 2236 c.c. impone all'avvocato di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, anche ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. A tal fine incombe su di lui l'onere di fornire la prova della condotta mantenuta, insufficiente al riguardo, dovendo ritenersi il rilascio da parte del cliente delle procure necessarie all'esercizio dello *jus postulandi*, attesa la relativa inidoneità ad obiettivamente ed univocamente deporre per la compiuta informazione in ordine a tutte le circostanze indispensabili per l'assunzione da parte del cliente di una decisione pienamente consapevole sull'opportunità o meno d'iniziare un processo o intervenire in giudizio. Nella fattispecie, la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che, senza una plausibile spiegazione alternativa, aveva ritenuto l'avvocato esente da responsabilità, sebbene nel seguire i profili penalistici del protesto per tre cambiali subito dal proprio cliente, non gli avesse segnalato la necessità di richiederne la cancellazione, neppure informandolo sull'opportunità di intraprendere iniziative in ambito civile e in ogni caso, di rivolgersi ad un avvocato civilista, ove si fosse reputato non professionalmente capace in tale ambito) (**Sez. 3, n. 19520/2019, Valle, Rv. 654569-01**).

Più nel particolare, è stato precisato che la responsabilità conseguente ad affermazioni offensive nei confronti di un giudice contenute negli scritti difensivi di un giudizio civile non ha natura penale, ma deriva da un fatto illecito *ex* art. 2043 c.c. di cui risponde, oltre all'avvocato autore delle espressioni offensive, la stessa parte, quale responsabile civile dell'operato del proprio difensore, posto che nel processo civile non trova applicazione l'art. 589 c.p., ma l'art. 89 c.p.c., quale norma posteriore e speciale rispetto alla prima (**Sez. 3, n. 04733/2019, Cirillo F.M., Rv. 652751-01**).

Nel solco già tracciato dalla giurisprudenza di legittimità sulle regole generali di correttezza e buona fede dell'agire o resistere nel giudizio di cassazione, con cui sono state stigmatizzate alcune condotte processuali tali da risolversi in un uso strumentale e illecito del processo e ritenute idonee ad integrare gli estremi della responsabilità aggravata (tra tante, Sez. 3, Sentenza n. 20732/2016, Rossetti, Rv. 642925-01), la Suprema Corte ha precisato che la proposizione di un ricorso per cassazione in palese violazione dell'art. 366 c.p.c., tale da concretare un errore grossolano del difensore nella redazione dell'atto, giustifica la condanna della parte - che risponde delle condotte del proprio avvocato *ex* art. 2049 c.c. - al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c. (**Sez. 5, n. 14035/2019, Fanticini, Rv. 654111-01**).

4. La responsabilità del notaio.

Nel corso dell'anno 2019 degne di menzione in tema di responsabilità notarile appaiono alcune decisioni che si sono occupate dei limiti e dell'estensione della diligenza professionale nonché del contenuto dei diversi obblighi gravanti sul notaio.

In tema di diligenza professionale, richiesta nella stipulazione di un contratto di compravendita immobiliare, è stato ribadito che rientra tra gli obblighi del notaio quello inerente, secondo buona fede oggettiva, lo svolgimento delle attività accessorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti ed, in particolare, il compimento delle cosiddette "visure" catastali e ipotecarie allo scopo di individuare esattamente il bene e verificarne la libertà, salvo espresso esonero del notaio da tale attività per concorde volontà delle parti, dettata da motivi di urgenza o da altre ragioni. In applicazione del principio, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità del notaio per il mancato acquisto del diritto di proprietà sul compendio immobiliare compravenduto per atto dal medesimo rogato, nonostante le anomalie emergenti dalle visure immobiliari impedissero di verificare con certezza la titolarità, in capo

ad uno dei precedenti danti causa della parte venditrice, del diritto di proprietà sui beni venduti (**Sez. 3, n. 21775/2019, Scarano, Rv. 654929-01**).

Nell'ipotesi di compravendita di un immobile gravato dalla trascrizione di una domanda giudiziale pregiudizievole chiaramente indicata nel rogito, è stata viceversa esclusa la negligenza professionale del notaio il quale abbia omesso di avvertire l'acquirente di ulteriori, ipotetici ed eventuali rischi, non prevedibili al momento della stipula, correlati alla proposizione, quale possibile sviluppo della controversia pendente, di altre domande non ancora avanzate. Nella fattispecie, la Corte ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto sussistente la responsabilità del notaio per non aver informato l'acquirente che, nell'azione di petizione ereditaria intentata dall'erede non legittimario asseritamente pretermesso nei confronti dell'erede testamentario, vi era il rischio di impugnazione del testamento olografo, divenuto oggetto di querela di falso successivamente alla stipula (**Sez. 3, n. 20297/2019, Fiecconi, Rv. 654779-01**).

Sempre in tema di vendita, ma con riferimento all'entità del risarcimento del danno dovuto, nell'ipotesi in cui il notaio non abbia comunicato all'acquirente l'esistenza di una trascrizione pregiudizievole, la Corte ha affermato che essa non può essere automaticamente commisurata al valore del bene oggetto dell'evizione, dovendosi all'uopo verificare se il prezzo di acquisto sia stato effettivamente corrisposto dall'acquirente: il danno da evizione totale è infatti commisurato proprio alla restituzione del prezzo, oltre al rimborso delle spese della vendita ed ai frutti che l'acquirente abbia dovuto corrispondere a colui dal quale sia stato evitto, gli accessori e le spese giudiziali. (**Sez. 1, n. 17810/2019, Terrusi, Rv. 654539-01**).

Sul contenuto degli obblighi professionali richiesti al notaio, la Corte ha precisato che il notaio non può invocare una diminuzione della propria responsabilità verso il cliente per il solo fatto che quest'ultimo non abbia controllato se la stesura dell'atto (nella specie, una dichiarazione di successione a fini fiscali) sia stata compiuta in modo tecnicamente corretto, stante che nel rapporto di prestazione di opera intellettuale colui che si rivolge ad un professionista ha diritto di pretendere una prestazione eseguita a regola d'arte *ex art. 1176, comma 2, c.c.* non essendo, per ciò stesso, ontologicamente configurabile il concorso colposo del danneggiato *ex art. 1227 c.c.* (**Sez. 3, n. 13592/2019, Rossetti, Rv. 654196-01**).

Rilevante in tema di imposta ipotecaria e di registro, anche in caso di registrazione con procedura telematica, è la decisione della Corte che ha precisato sussistere la responsabilità solidale del notaio con i contraenti, e salvo rivalsa, unicamente per l'imposta principale, tale dovendosi considerare quella risultante dal controllo dell'autoliquidazione ovvero da elementi desumibili dall'atto con immediatezza e senza necessità di accertamenti fattuali o extratestuali, né di valutazioni giuridico-interpretative. Nella specie, la S.C. ha accolto nel merito il

ricorso di un notaio contro un avviso di liquidazione che aveva assoggettato ad imposta proporzionale, anziché fissa, un atto costitutivo di *trust* autodichiarato, nel rilievo che la sussumibilità di tale negozio come atto traslativo dipendesse da valutazioni giuridico-interpretative dell'Ufficio, sicché la maggiore imposta che ne era scaturita era qualificabile come complementare, al cui pagamento il notaio non era obbligato quale responsabile d'imposta (**Sez. 5, n. 15450/2019, Stalla, Rv. 654155-01**).

5. La responsabilità del commercialista.

Sul contenuto dell'obbligo di diligenza del commercialista meritano menzione alcune decisioni pronunciate nel 2019 in relazione al contenuto e all'estensione degli obblighi derivanti dall'affidamento di incarichi di consulenza.

In primo luogo, la Corte ha sottolineato il rilievo del dovere informativo gravante sul professionista in tale ambito; per un verso, ha ritenuto che, quale che sia l'oggetto specifico della prestazione, il commercialista ha l'obbligo di prospettare al cliente sia le soluzioni praticabili sia quelle non praticabili, così da porlo nelle condizioni di scegliere secondo il migliore interesse. In applicazione del principio, ha ritenuto configurabile la responsabilità del professionista che, nel rendere un parere sulla modalità fiscalmente più conveniente, per un socio lavoratore, di uscire dalla società, aveva prospettato al cliente la sola ipotesi del recesso, senza informarlo delle eventuali difficoltà legate alla possibilità di cedere le proprie quote (**Sez. 3, n. 14387/2019, Cricenti, Rv. 654093-01**); per l'altro, ha precisato che ove la consulenza abbia ad oggetto la valutazione del costo fiscale di un'operazione, ove il cliente allegghi l'erroneità del calcolo effettuato dal consulente, grava su quest'ultimo l'onere di dimostrare che la maggior somma pagata dal cliente sia dipesa da fatti a lui non imputabili in quanto imprevedibili (**Sez. 3, n. 14387/2019, Cricenti, Rv. 654093-02**).

In secondo luogo, in una peculiare fattispecie nella quale il consulente contabile era stato incaricato di assistere le parti in un'operazione di cessione di ramo di azienda ed aveva dichiarato il valore dell'avviamento, per la determinazione della base imponibile a fini fiscali, in misura di gran lunga inferiore alla reale capacità di profitto dell'attività produttiva, la Corte ha affermato come il professionista sia tenuto quanto meno ad avvertire i clienti delle conseguenze derivanti da tale dichiarazione non veritiera; in mancanza, egli pone in essere un comportamento non conforme alla diligenza qualificata cui è vincolato per l'incarico professionale, essendo tenuto a fornire alle parti una consulenza funzionale, non solo, al raggiungimento dello scopo dell'operazione, ma anche al rispetto dei doveri imposti dalla normativa fiscale; sicché risponde dei danni originati da tale comportamento

anche nella sola ipotesi di colpa lieve. Nella fattispecie esaminata la sentenza gravata e cassata aveva escluso ogni responsabilità del consulente per i danni subiti dal cliente in conseguenza della rettifica, da parte dell'Agenzia delle Entrate, del dichiarato valore di avviamento del ramo di azienda ceduto, sul presupposto che l'errata valutazione dell'avviamento fosse stata concordata tra il professionista e il cliente (**Sez. 2, n. 13828/2019, Scarpa, Rv. 654178-01**).

6. La responsabilità dell'architetto.

Con un'unica decisione, la Corte di legittimità è tornata a pronunciarsi sulla responsabilità del professionista incaricato del progetto e della direzione dei lavori di ristrutturazione di un'abitazione, affermando la sussistenza dell'inadempimento in un caso in cui il professionista, violando gli obblighi informativi posti a suo carico, non aveva avvisato il committente della necessità di presentare la comunicazione della fine dei lavori prima della scadenza della D.I.A. e, senza porsi il problema della mancanza di tale dichiarazione ai fini della commerciabilità dell'immobile, aveva comunque certificato la regolarità delle opere, per poi indicare al committente, per ovviare alle conseguenze derivanti dal proprio inadempimento, la possibilità di ricorrere alla procedura di sanatoria (**Sez. 3, n. 16288/2019, Pellicchia, Rv.654399-01**).

7. La responsabilità dell'intermediario finanziario.

Con tre decisioni pronunciate nel corso del 2019, la Corte di legittimità è tornata per un verso sulla questione del regime di distribuzione dell'onere della prova nei giudizi di responsabilità per danni subiti dall'investitore nei contratti d'intermediazione finanziaria e per l'altro, sul problema della individuazione del soggetto responsabile nell'ambito della struttura organizzativa dell'intermediario.

In relazione al regime di distribuzione dell'onere della prova nei giudizi relativi agli obblighi informativi, la Suprema Corte ha affermato che non assolve ai propri obblighi informativi la banca che stipula con il cliente un contratto di negoziazione diretta di titoli senza aver prima acquisito l'*offering circular*, che riporta le caratteristiche essenziali dell'emissione, quando i titoli risultino privi di prospetto informativo e di *rating*, perché la disciplina dettata dall'art. 21, comma 1, lett. a) e b), del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 e dagli artt. 26 e 28 del reg. Consob n. 11522 del 1998 impone all'intermediario di attivarsi per ottenere una conoscenza preventiva adeguata del prodotto finanziario, alla luce di tutti i dati disponibili che ne possano influenzare la valutazione effettiva della rischiosità, e quindi assicurare un'informazione adeguata all'investitore sulle caratteristiche del prodotto; la responsabilità dell'intermediario non è esclusa dalla sottoscrizione, da parte del

cliente, della dichiarazione di aver ricevuto informazioni necessarie e sufficienti ai fini della completa valutazione del rischio, che non può essere qualificata come confessione stragiudiziale e non costituisce neppure un'autorizzazione scritta all'investimento, quando sia apposta su un modulo *standard* senza alcun riferimento individualizzante da cui desumere l'effettiva presa d'atto dei rischi e delle particolari caratteristiche della specifica operazione. Nella fattispecie, la negoziazione diretta di "bond" Cirio era stata effettuata prima del recepimento della direttiva MIFID, in assenza di prospetto informativo (**Sez. 1, n. 28175/2019, Mercolino, Rv. 655775-01**).

Nello stesso ambito, con riferimento alla verifica della diligenza dell'intermediario, la Corte di legittimità ha ritenuto che il riparto dell'onere della prova si attegga nel senso che l'investitore ha l'onere di allegare l'inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto da parte dell'intermediario, nonché fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento anche sulla base di presunzioni; l'intermediario, a sua volta, avrà l'onere di provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di aver agito con la specifica diligenza richiesta (**Sez. 1, n. 14335/2019, Amatore, Rv. 653890-01**).

In relazione infine alla questione dell'individuazione del soggetto responsabile nell'ambito della struttura organizzativa dell'intermediario, la Suprema Corte nel confermare, nella specie, la sentenza di merito che aveva ritenuto l'opponente responsabile della violazione pur non essendo egli dipendente della banca, reputando sufficiente il dato fattuale che fosse componente del suo comitato finanza e quindi fosse inserito all'interno della struttura aziendale, ha ritenuto che l'art. 190 TUF, nel testo applicabile *ratione temporis* anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 5 d.lgs. n. 72 del 2015, nel sanzionare le violazioni poste in essere dai "soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione e i dipendenti di società o enti abilitati", adottando un criterio della responsabilità effettiva dei soggetti che agiscono nell'ambito dell'organizzazione dell'intermediario, cioè della funzione effettivamente svolta, è applicabile in ogni caso in cui il soggetto che la svolge sia inserito all'interno della struttura aziendale, senza che possa assumere rilievo discriminante la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato in senso tecnico (**Sez. 2 , n. 16323/2019, Bertuzzi, Rv. 654337-01**).



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna
della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Civili

VOLUME II

Anno 2019

INDICE

VOLUME SECONDO

PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE

(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE QUARTA

IMPRESA E MERCATO

(coordinata Giuseppe Fichera)

CAPITOLO XIII

I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA

(DI VINCENZO GALATI)

1. Confondibilità di marchi e brevetti.	447
2. Decadenza e nullità del marchio.	449
2.1. Preuso del marchio e denominazioni I.G.P. e D.O.P.	454
3. Il diritto d'autore.	456
4. Le condotte anticoncorrenziali di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287.	460
5. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale.	464
6. L'azione di classe.	467
7. Clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista.	468
8. Profili processuali.	470

CAPITOLO XIV

IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

(DI ELEONORA REGGLANI)

1. Le società in generale.	473
1.1. Società ed esercizio dell'azienda ereditaria.	473
1.2. <i>Affectio societatis</i> e <i>affectio familiaris</i>	474
1.3. Intestazione fiduciaria e donazione indiretta delle partecipazioni sociali.	475
1.4. La simulazione del contratto di società.	476
1.5. Il gruppo societario.	477
1.6. La clausola compromissoria statutaria.	478
1.7. Le vicende modificative ed estintive delle società.	479
2. Le società di persone.	484
2.1. L'esercizio dei poteri di rappresentanza.	484
2.2. Il titolo giudiziale ottenuto nei confronti della società.	484
3. Le società di capitali.	486
3.1. L'acquisto e il trasferimento delle partecipazioni societarie.	486
3.2. Il recesso e la perdita della qualità di socio.	489
3.3. Il pegno delle quote di s.r.l.	490
3.4. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo dei soci.	490
3.5. Diritti e poteri connessi alla qualità di socio.	492
3.6. Le deliberazioni dell'assemblea.	493
3.7. Gli amministratori.	494
3.8. Il revisore contabile.	496
3.9. Il liquidatore.	497
3.10. Le azioni di responsabilità.	498

4. Particolari società di capitali.....	501
4.1. Le società cooperative.....	502

CAPITOLO XV

CONTRATTI BANCARI, TITOLI DI CREDITO E INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

(DI ELEONORA REGGLANI)

1. I contratti bancari.....	505
1.1. L'attività negoziale della banca in generale.....	505
1.2. La pattuizione degli interessi.....	507
1.3. I contratti e le operazioni in conto corrente.....	510
1.4. Altri contratti bancari.....	516
2. Gli assegni.....	518
3. Gli altri titoli di credito.....	523
4. L'intermediazione finanziaria in generale.....	524
5. I servizi di investimento.....	525
5.1. Le nullità contrattuali e le statuizioni conseguenti.....	525
5.2. L'inadempimento dell'intermediario e i relativi rimedi.....	527
5.3. Fattispecie particolari.....	530
6. L'offerta al pubblico di prodotti finanziari.....	530
7. I fondi comuni d'investimento.....	531

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCURSUALI.

(DI SALVATORE LEUZZI E ANGELO NAPOLITANO)

1. I presupposti del fallimento.....	533
1.1. Il procedimento prefallimentare.....	538
1.2. La sentenza di fallimento ed il suo reclamo.....	544
2. Gli organi della procedura.....	546
2.1. I reclami endofallimentari.....	549
3. Le revocatorie in generale.....	550
3.1. Revocatoria ordinaria e fallimentare. La revocatoria dei pagamenti.....	552
4. I rapporti pendenti.....	559
5. La formazione dello stato passivo.....	562
5.1. Prove documentali e data certa.....	565
5.2. Prelazione e fallimento.....	567
5.3. Prededuzione e fallimento.....	568
6. Le opposizioni allo stato passivo.....	571
7. La liquidazione dell'attivo e il riparto.....	574
8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione.....	576
9. Il concordato fallimentare.....	578
10. Il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione.....	579
11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria.....	586
12. Il sovraindebitamento.....	588

PARTE QUINTA
IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA
(coordinata da Ileana Fedele e Milena D'Oriano)

SEZIONE PRIMA
IL RAPPORTO DI LAVORO PRIVATO
(di Luigi Di Paola, Ileana Fedele, Antonella Filomena Sarracino)

CAPITOLO XVII

OBBLIGHI, RESPONSABILITÀ E DIRITTI DEL DATORE E DEL PRESTATORE
DI LAVORO

(DI ANTONELLA FILOMENA SARRACINO)

1. Premessa.....	590
2. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro.....	595
2.1. Il limite del rischio cd. elettivo.....	595
2.1.1. L'esclusione della configurabilità del consenso del dipendente quale concorso colposo.....	596
2.1.2. Il concorso colposo del lavoratore.....	597
2.1.3. Il danno cd. differenziale da infortunio sul lavoro e l'indennizzo <i>ex art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000</i> . Modalità di computo del risarcimento del danno e <i>compensatio lucri cum damno</i>	597
2.2. Il riparto degli oneri della prova.....	598
2.2.1. La responsabilità del committente, ai sensi dell'art. 2087 c.c.	601
2.2.2. Obblighi e responsabilità datoriali in caso di maternità della lavoratrice.....	603
2.3. La tutela dei lavoratori e degli eredi. La decorrenza del termine di prescrizione.....	603
2.4. La clausola della buona fede anche <i>a latere praestatoris</i>	605
3. Il mobbing e lo straining.....	605
4. <i>Ius variandi</i> e demansionamento.....	607
4.1. I limiti all'esercizio dello <i>ius variandi</i>	607
4.2.1. L'adibizione a mansioni inferiori in caso di riconversione o ristrutturazione aziendale.....	608
4.2.2. Demansionamento e <i>repechage</i> (rinvio).....	609
4.2.3. Demansionamento: la responsabilità del cessionario.....	609
4.3. Criteri per il risarcimento del danno da demansionamento.....	609
5. L'assegnazione del dipendente a mansioni superiori: le modalità di verifica.....	611
5.1. Gli obblighi datoriali, in caso di assegnazioni a mansioni superiori, nell'impiego privato. Questioni di inquadramento.....	612
6. Il tratto distintivo fra redattore e collaboratore fisso nell'impresa giornalistica e le conseguenze della mancata iscrizione all'albo dei giornalisti.....	613
6.1. Sulla nozione di ufficio di corrispondenza estera.....	614
7. Il trasferimento.....	614
7.1. La libertà datoriale di operare lo spostamento dei lavoratori nell'ambito della unità produttiva.....	615
7.1.1. Mutamento di unità produttiva del lavoratore che assiste familiare con <i>handicap</i>	615
7.1.2. Scelta della sede di lavoro da parte del prestatore che assiste familiari con <i>handicap</i> grave e fruizione dei permessi.....	616
7.2. La posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento illegittimo.....	617
7.3. Gli emolumenti retributivi in caso di trasferimento ed il tfr.....	618
8. La distinzione tra lavoro autonomo e subordinato per le professioni intellettuali o professionali.....	619
8.1. Il rapporto gerarchico dirigenziale <i>multilevel</i>	620
9. La retribuzione ed il tfr.....	620
9.1. Oneri di allegazione e prova nell'azione promossa ai sensi dell'art. 2126 c.c. (rinvio).....	621
9.1.1. Il decorso della prescrizione dei crediti derivanti da lavoro carcerario.....	621
9.2. Il trattamento economico del socio lavoratore di società cooperative.....	622
9.2.1. Il computo dei soci lavoratori ai fini del requisito dimensionale.....	622

9.3. I trattamenti economici per servizio estero (rinvio).	623
9.4. I trattamenti economici per il caso di trasferimento (rinvio al 7.3).	623
9.5. La natura retributiva del credito del lavoratore per le ritenute fiscali indebitamente operate dal datore.	623
9.6. Il problema della cumulabilità di reddito e pensione per gli iscritti all'istituto di previdenza dei giornalisti.	623
9.7. Ferie, festività, riposi e orario di lavoro.	624
9.7.1. Il congedo straordinario <i>ex art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001</i> .	626
9.8. Tredicesima e quattordicesima: modalità di calcolo nella contrattazione collettiva.	626
9.9. Il trattamento di fine rapporto.	627
10. Responsabilità solidale del committente con l'appaltatore per il pagamento dei crediti retributivi. Individuazione della disciplina applicabile <i>ratione temporis</i> .	628
10.1. La responsabilità solidale del committente con il subfornitore.	629
10.2. Responsabilità del committente in caso di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore.	629
10.3. La nozione di "trattamenti retributivi" al fine della delimitazione della responsabilità solidale del committente.	630
10.4. Ambito di applicazione del regime decadenziale.	631
11. Prerogative sindacali: trattative per la stipula dei c.c.n.l. e partecipazione delle oo.ss.	632
11.1. Permessi sindacali.	632
11.2. Repressione della condotta antisindacale.	633
11.3. Limiti alla configurabilità del demansionamento in caso di sciopero (rinvio al 4.1).	633
11.4. La rilevanza della condotta datoriale di trattenimento dei contributi sindacali.	633
12. Le dimissioni del lavoratore: la rilevanza della incapacità naturale ed il risarcimento del danno.	634
12.1. Dimissioni e licenziamento.	635
12.2. La forma del recesso del lavoratore.	635
13. Il recesso datoriale per sopraggiunti limiti di età del prestatore. La forma.	636
14. Lo sciopero nei servizi di sicurezza aeroportuale.	636
15. Gli effetti del contratto collettivo senza durata predeterminata.	637
16. La questione di costituzionalità della retrocessione per gli agenti autoferrotranviari.	638

CAPITOLO XVIII

IL LAVORO FLESSIBILE

(DI ILEANA FEDELE)

1. Premessa.	639
2. Lavoro flessibile e precario.	640
3. Il contratto di lavoro a tempo determinato.	640
3.1. Le causali giustificative dell'apposizione del termine e l'onere di sufficiente specificazione delle stesse.	640
3.2. L'assunzione a termine nel settore postale ed aereo.	641
3.3. L'assunzione a termine secondo il codice della navigazione.	642
3.4. L'assunzione a termine dei lavoratori disabili.	642
3.5. L'assunzione a termine delle fondazioni lirico-sinfoniche.	642
3.6. Limiti di applicabilità della disciplina straniera meno favorevole.	643
3.7. Divieti alla stipula del contratto a tempo determinato: il documento di valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori.	643
3.8. Rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità del termine.	644
3.9. Impugnazione giudiziale ed efficacia <i>ex tunc</i> della sentenza dichiarativa della nullità dell'apposizione del termine.	644
3.10. Vicende successive all'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del termine: ripristino del rapporto e trasferimento di sede.	645
3.11. Regime prescizionale dei crediti.	645
3.12. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato.	646
4. La somministrazione di lavoro.	647
4.1. La somministrazione a tempo indeterminato.	647

4.2. L'indicazione della causale posta a giustificazione della somministrazione a tempo determinato.	648
4.3. Condizioni per la prorogabilità del termine.	648
4.4. Costituzione giudiziale del rapporto con l'utilizzatore e novazione.	649
4.5. Legittimazione degli enti previdenziali.	649
4.6. Decadenza dall'impugnazione.	649
5. Il contratto di lavoro a progetto.	650
6. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.	651
7. L'indennità <i>ex art. 32 della l. n. 183 del 2010</i> .	653
8. Contratto di lavoro a tempo parziale.	654
9. Altre forme contrattuali flessibili: il lavoro intermittente.	654
10. Appalto genuino e fenomeni interpositori.	655
10.1. La responsabilità del committente <i>ex artt. 2087 c.c. e 29 del d.lgs. n. 276 del 2003</i> : rinvio.	656
11. Cessione di azienda.	656
11.1. Ambito di applicazione ed effetti della disciplina <i>ex art. 2112 c.c.</i>	656
11.2. Conseguenze della declaratoria di nullità della cessione. La questione della detraibilità dell' <i>aliunde perceptum</i> .	658

CAPITOLO XIX

IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO

(DI LUIGI DI PAOLA)

1. Potere disciplinare.	661
2. Licenziamento individuale.	664
2.1. La motivazione del licenziamento.	664
2.2. La ratifica del licenziamento.	665
2.3. La rinnovazione del licenziamento.	665
2.4. La revoca del licenziamento.	665
2.5. Il licenziamento orale.	666
2.6. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.	666
2.7. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento.	670
2.8. Licenziamento discriminatorio e ritorsivo.	674
2.9. Periodo di comporto e licenziamento.	675
2.10. Divieti di licenziamento.	675
2.11. Licenziamento del socio di società cooperativa di produzione e lavoro.	676
2.12. Il licenziamento del dirigente.	676
2.13. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile.	677
2.14. Somministrazione di lavoro e licenziamento.	678
2.15. L'impugnazione del licenziamento e le decadenze.	678
2.16. Applicazioni della legge "Fornero".	680
2.17. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015.	685
2.18. Le conseguenze del licenziamento illegittimo.	685
2.19. Il preavviso.	687
3. Licenziamenti collettivi.	688

SEZIONE SECONDA

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

CAPITOLO XX

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

(DI GIOVANNI ARMONE E GIUSEPPE NICASTRO)

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. Giurisdizione, lavoro flessibile e lavoro a tempo determinato: rinvio.	691

2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni.....	692
3. Retribuzione e altri trattamenti economici.....	695
4. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni.	701
5. Vicende del rapporto.....	705
6. Mobilità.....	706
7. Diritti sindacali.	709
8. Illeciti disciplinari: questioni procedurali e sostanziali.	710
9. La cessazione del rapporto di lavoro.	716
10. La dirigenza.....	717
10.1. La dirigenza del comparto sanitario.	720
11. La scuola: docenti e personale ATA.....	724
12. I rapporti di lavoro nelle società cd. <i>in house</i>	729

SEZIONE TERZA

IL DIRITTO DELLA PREVIDENZA SOCIALE

CAPITOLO XXI

LA PREVIDENZA SOCIALE

(DI ANNACHLARA MASSAFRA)

1. Premessa.....	733
2. L'obbligazione contributiva.....	733
2.1. Classificazione e qualificazione dei soggetti obbligati.	734
2.2. I coadiutori familiari.	735
2.3. La retribuzione imponibile ed il minimale contributivo.	736
2.4. La responsabilità contrattuale della P.A.....	738
3. I benefici previdenziali.	739
4. Esenzioni ed agevolazioni contributive.....	740
5. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione.	741
6. Gli sgravi contributivi.....	742
7. Accertamento e riscossione.....	743
8. Le sanzioni civili e la rendita vitalizia.....	748
9. La prescrizione dei crediti contributivi.....	749

CAPITOLO XXII

LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

(DI VINCENZO GALATI)

1. Le prestazioni previdenziali a carico dell'INPS.....	751
1.1. La decadenza dall'azione giudiziaria.....	751
1.2. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa.	752
1.3. Le prestazioni pensionistiche.	755
1.4. La CIG e l'indennità di mobilità.	762
1.5. L'indennità di disoccupazione.....	764
1.6. L'indennità di maternità e l'assegno per il nucleo familiare.....	765
2. Le prestazioni assistenziali: Danni da trattamenti sanitari.	766
2.1. Danni post-trasfusionali.....	767
2.2. Danni irreversibili da vaccinazioni.	767
2.3. Le prestazioni di invalidità civile.....	768
2.4. L'indennità di accompagnamento.....	770
2.5. Profili processuali.	771
2.6. Le prestazioni in favore delle vittime della criminalità organizzata e degli <i>ex</i> combattenti.	774
2.7. Le misure in favore dei soggetti portatori di disabilità.	775
2.8. Le prestazioni in materia di igiene e sanità pubblica.....	776

3. Le prestazioni in favore dei cittadini stranieri	778
4. L'indebito previdenziale.....	780
5. L'indebito assistenziale.....	782

CAPITOLO XXIII

LA TUTELA INAIL

(DI VINCENZO GALATI)

1. Le malattie professionali.....	785
2. Gli infortuni sul lavoro.	786
3. La revisione della rendita.....	788
4. I contributi assicurativi INAIL.....	789
5. L'azione di regresso.....	791

CAPITOLO XXIV

LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

(DI VINCENZO GALATI)

1. Cassa Nazionale Forense.....	795
2. INPGI.....	796
3. Cassa Ingegneri e Architetti.....	797
4. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti.....	798
5. La previdenza integrativa.....	798

PARTE SESTA

I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

(coordinata da Roberto Mucci)

CAPITOLO XXV

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

(DI ROBERTO MUCCI)

1. Premessa.....	801
2. La giurisdizione.....	801
3. La determinazione dell'indennità di espropriazione.....	803
3.1. (segue) A) La qualificazione delle aree.....	804
3.2. (segue) B) L'indennità di occupazione.....	807
3.3. (segue) C) La stima.....	808
3.4. (segue) D) Le aree agricole.....	808
3.5. (segue) E) L'indennità di asservimento.....	809
4. L'opposizione alla stima.....	809
5. L'espropriazione parziale.....	812
6. La determinazione consensuale dell'indennità.....	812
7. Le espropriazioni illegittime.....	813
7.1. (segue) L'acquisizione "sanante".....	815

CAPITOLO XXVI

APPALTI PUBBLICI

(DI STEFANO PEPE)

1. Appalto pubblico, premessa.....	817

1.1. Il quadro normativo.....	817
1.2. La giurisdizione: cenni.....	818
2. Esecuzione del contratto. Le patologie del rapporto contrattuale. Riserve, sospensioni, risoluzione e recesso.....	819
3. Appalto di opere pubbliche, azione di garanzia per vizi e difetti, decadenza prescrizione, collaudo, rilevanza.....	820
4. Appalto e arbitrato.....	823
5. La responsabilità dell'amministrazione committente per danni da inadempimento in tema di appalto per la ricostruzione di immobili a seguito di evento sismico.....	829

CAPITOLO XXVII

LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(DI ELEONORA REGGLANI)

1. Il quadro normativo.....	833
2. Una visione d'insieme.....	836
3. I tratti distintivi delle società <i>in house providing</i>	836
4. Il fallimento.....	839
5. L'azione di responsabilità sociale contro i componenti degli organi sociali e i dipendenti.....	840
6. L'azione di responsabilità <i>ex art.</i> 146 l.fall.....	845
7. La revoca degli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c.....	847
8. Altre questioni.....	848

CAPITOLO XXVIII

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE

(DI DARIO CAVALLARI, MARIA ELENA MELE ED ALDO NATALINI)

1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali.....	849
2. La notifica del verbale di accertamento.....	852
3. Giurisdizione e principio di specialità.....	853
4. Competenza ed incompetenza.....	854
5. Altri vizi procedurali.....	855
6. Elemento psicologico e cause di giustificazione.....	856
7. Prescrizione.....	859
8. Cumulo di reati e concorso di persone.....	860
9. La determinazione della sanzione in caso di pluralità di violazioni rimessa all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea.....	861
10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedurali.....	862
11. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta.....	865
12. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione.....	867
13. Sanzioni amministrative CONSOB e coerenza dell'informazione diffusa.....	868
14. Abuso di informazioni privilegiate e confisca.....	869
15. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e le questioni di legittimità costituzionale prospettate.....	869
16. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario.....	871
17. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada.....	873
17.1. L'irrogazione delle sanzioni e la notificazione del verbale di accertamento.....	873
17.2. L'opposizione, la competenza, i suoi effetti, il termine di proposizione, i soggetti legittimati e la patente a punti.....	874
17.3. Le modalità di accertamento delle violazioni e i soggetti legittimati ad effettuarlo: "autovelox", "alcooltest" e poteri della Polizia municipale.....	878
17.4. Il concorso di violazioni.....	880
17.5. "Contrassegno invalidi", autorizzazioni all'accesso in zona a traffico limitato ed al trasporto di merci su strada, sospensione e revoca della patente, nozione di veicolo "fuori uso".....	880

18. Le sanzioni diverse da quelle comminate per infrazioni al codice della strada	882
18.1. Indebita percezione di aiuti comunitari.	882
18.2. Incarichi retribuiti non autorizzati a pubblici dipendenti.	883
18.3. Le affissioni abusive.....	884
18.4. Le altre sanzioni.	886

CAPITOLO XXIX

EQUA RIPARAZIONE PER L'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

(DI PAOLA D'OVIDIO)

1. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso.	891
2. Condizioni di proponibilità della domanda di equa riparazione.....	894
3. Durata "ragionevole" del giudizio presupposto.....	894
4. Presunzione di insussistenza del pregiudizio da irragionevole durata del processo.	896
5. Diritto all'indennizzo.....	897
6. Misura dell'indennizzo.	899
7. Altre questioni processuali.	901

CAPITOLO XXX

LA RIPARAZIONE DEL DANNO DA DETENZIONE DISUMANA E DEGRADANTE

(DI GIOVANNI ARMONE)

1. Profili generali.	905
2. La competenza.	906
3. La decadenza e altre questioni processuali.....	907

CAPITOLO XXXI

I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

(DI GIANLUCA GRASSO)

1. Premessa.....	909
2. La responsabilità disciplinare dei magistrati.....	909
2.1. Gli illeciti disciplinari.	909
2.1.1. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge.	910
2.1.2. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori.	911
2.1.3. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile.	914
2.1.4. Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni.	916
2.1.5. Gli illeciti disciplinari conseguenti a reato.	918
2.2. La condotta disciplinare irrilevante.	919
2.3. La misura cautelare della sospensione cautelare facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio.	921
2.4. Il procedimento disciplinare.	923
2.5. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale.	926
3. La responsabilità disciplinare degli avvocati.	928
3.1. Gli illeciti disciplinari.	929
3.2. Il procedimento disciplinare.	930
4. La responsabilità disciplinare dei notai.	931
4.1. Gli illeciti disciplinari.	931
4.2. Il procedimento disciplinare.	932

CAPITOLO XXXII

ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI

(DI ROBERTO MUCCI)

1. Premessa.....	935
2. I diritti di elettorato. A) Elettorato passivo.....	935
2.1. (<i>segue</i>) B) Elettorato attivo.	936
3. Operazioni elettorali.....	936
4. Il contenzioso elettorale.....	937

VOLUME SECONDO
PRINCIPI DI DIRITTO SOSTANZIALE
(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE QUARTA

IMPRESA E MERCATO

(coordinata Giuseppe Fichera)

CAPITOLO XIII

I DIRITTI DI PRIVATIVA E LA CONCORRENZA

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Confondibilità di marchi e brevetti - 2. Decadenza e nullità del marchio - 2.1. Preuso del marchio e denominazioni I.G.P. e D.O.P. - 3. Il diritto d'autore - 4. Le condotte anticoncorrenziali di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287 - 5. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale - 6. L'azione di classe - 7. Clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista - 8. Profili processuali.

1. Confondibilità di marchi e brevetti.

Sul tema, **Sez. 1, n. 10205/2019, Caiazzo, Rv. 653877-02**, ha sostenuto che la confondibilità, che la legge richiede ai fini della tutela del marchio, si manifesta anche come potenzialità illecita, deducibile dalla naturale espansività dell'impresa titolare del segno; l'apprezzamento circa la ricorrenza della possibilità di confusione, pertanto, non può aver luogo con giudizio *ex post*, dovendosi piuttosto verificare, con riguardo al momento in cui è stata introdotta la domanda giudiziale, se l'attività dell'attore, anche per la sua possibile espansione - intesa quale normale potenzialità - possa risultare pregiudicata dalla somiglianza o identità dei segni, che sia tale da determinare, nell'evoluzione naturale della sua posizione nel mercato, un pericolo di confusione.

La Corte ha specificato, in una vicenda che riguardava l'azione promossa per far valere la contraffazione del marchio “*Enel Green Power*” rispetto a quello “*Green Power*” e, dunque, la possibile confusione, che, al fine di pervenire al giudizio di confondibilità, non è sufficiente la semplice circostanza dell'identità delle parole che lo compongono con quelle presenti in altri segni, occorrendo, che l'intero segno, sinteticamente, nel suo complesso grafico e semantico, venga percepito come confondibile con altro.

Sulla necessità di una valutazione comparativa tra i marchi, da operare attraverso un apprezzamento globale, la Corte ha reso l'indicata pronuncia in continuità con quanto sostenuto sia da Sez.1, n. 15840/2015, Nappi, Rv. 636048-01 che da Sez. 1, n. 08577/2018, Fraulini, Rv. 647769-01.

Secondo la Corte, poi, la confondibilità va intesa come manifestazione della potenzialità illecita deducibile anche attraverso la naturale espansività dell'impresa titolare del segno.

Il relativo apprezzamento va compiuto con le modalità indicate nella massima in rassegna che si colloca nel solco di Sez. 1, n. 03548/2006, Berruti, Rv. 586981-01 rispetto alla quale è conforme.

Nella sentenza, sempre in tema di confondibilità dei marchi, è stato sottolineato come il rischio di confusione sia tanto più elevato, quanto più rilevante sia il tratto distintivo del marchio anteriore a motivo della sua notorietà sul mercato.

Nel caso specifico, la Corte è pervenuta alla conclusione che assume spiccato rilievo la circostanza che i prodotti commercializzati dai due diversi marchi fossero destinati a tipologie di consumatori diversi (nell'un caso – "*Green Power*" – imprese specializzate e soggetti istituzionali, nell'altro – "*Enel Green Power*" – persone fisiche consumatrici finali).

Inoltre, la differenziazione dei marchi è stata ritenuta adeguata per la presenza della parola "*Enel*" e dell'albero stilizzato (assente nel marchio "*Green Power*").

La questione ripropone il tema della distinzione tra marchi deboli e marchi c.d. forti.

Per i secondi, la recente giurisprudenza di legittimità aveva affermato che la confondibilità si determina anche in presenza di consistenti varianti del marchio successivamente registrato, ove vi sia appropriazione del nucleo centrale dell'ideativo messaggio individualizzante del marchio anteriore, con riproduzione od imitazione di esso nella parte atta ad orientare le scelte dei potenziali acquirenti.

In tal senso Sez. 1, n. 09769/2018, Iofrida, Rv. 648121-01.

Il principio affermato dalla sentenza della quale si sta trattando, è stato, dunque, nel senso che in tema di tutela del marchio debole registrato sono sufficienti a scongiurare la confusione tra i segni distintivi anche lievi modificazioni o aggiunte.

Da ciò consegue che deve escludersi la confondibilità dei segni distintivi quando il marchio simile risulti specificamente caratterizzato, ed inoltre l'attività dell'impresa titolare del marchio sia rivolta esclusivamente ad operatori del settore, ad altre imprese altamente specializzate ed a soggetti istituzionali (**Sez. 1, n. 10205/2019, Caiazzo, Rv. 653877 – 03**).

Sez. 1, n. 10205/2019, Caiazzo, Rv. 653877 – 01 ha altresì richiamato il risalente orientamento secondo il quale l'inclusione in un marchio complesso dell'unico elemento, nominativo o emblematico, che caratterizza un marchio semplice precedentemente registrato, si traduce in una contraffazione, anche se il nuovo marchio sia costituito da altri elementi che lo differenziano da quello precedente, ritenendo, sempre nel caso "*Green Power*" sin qui citato, la non rilevanza

del principio nel caso in cui quella inclusione comporti un'alterazione sostanziale del significato di quell'elemento.

Sez. 1, n. 2473/2019, Falabella, Rv. 652421 – 01 ha affermato che l'attività illecita, consistente nell'appropriazione o nella contraffazione di un marchio, mediante l'uso di segni distintivi identici o simili a quelli legittimamente usati dall'imprenditore concorrente, può essere da quest'ultimo dedotta a fondamento non soltanto di un'azione reale, a tutela dei propri diritti di esclusiva sul marchio, ma anche, e congiuntamente, di un'azione personale per concorrenza sleale, ove quel comportamento abbia creato confondibilità fra i rispettivi prodotti.

Ciò ha sostenuto ponendosi in dichiarata conformità con Sez. 1, n. 26647/2008, Tavassi, Rv. 604041 – 01.

Sez. 1 - , n. 33232/2019, Valitutti, Rv. 656132 – 01 (in conformità a quanto già statuito da Sez. 1, n. 3932/1984, Contu, Rv. 435894 – 01) ha affermato che l'accertamento della validità o meno di un'invenzione o di un modello di utilità, dei requisiti costitutivi della loro novità intrinseca ed estrinseca, dei caratteri peculiari utilizzabili ai fini della loro differenziazione, è rimesso all'apprezzamento del giudice del merito e si sottrae al sindacato di legittimità se congruamente e logicamente motivato.

Il principio è stato ribadito nell'ambito di una controversia in tema di contraffazione del brevetto per equivalenza nella quale, al fine di valutare se la realizzazione contestata possa considerarsi equivalente a quella brevettata, sì da costituirne una contraffazione, occorre accertare se, nel permettere il raggiungimento del medesimo risultato finale, essa presenti carattere di originalità, offrendo una risposta non banale, né ripetitiva della precedente.

Peraltro, anche una riproduzione solo parziale del dispositivo brevettato non è idonea ad escludere, di per sé, la contraffazione laddove la parzialità non impedisca - secondo un accertamento che costituisce una questione di fatto, affidata all'apprezzamento del giudice di merito, insindacabile in cassazione, se non nei limiti di cui al novellato art. 360, primo comma, n. 5 cod. proc. civ. - di ritenere l'utilizzazione del brevetto, nella sua struttura generale, temporalmente anteriore.

E' stata così assicurata espressamente continuità a quanto deciso da Sez. 1, n. 22351/2015, Nappi, Rv. 637807 - 01.

2. Decadenza e nullità del marchio.

La Corte è tornata sul tema del preuso del marchio quale diritto autonomo all'utilizzazione del segno idoneo a far venir meno il requisito della novità del marchio successivamente registrato.

In particolare, **Sez. 1, n. 14925/2019, Valitutti, Rv. 654269 – 02** ha affermato che, in tema di proprietà industriale, il preuso di un marchio di fatto comporta tanto il diritto all'uso esclusivo del segno da parte del preutente, quanto l'invalidità del marchio successivamente registrato da terzi, venendo a mancare, in tal caso, il requisito della novità.

Da tale principio la Corte ha tratto la conseguenza che il preutente può avvalersi del menzionato diritto di esclusiva, che è distinto da ogni successiva registrazione corrispondente alla denominazione da lui usata, ottenendo la dichiarazione di nullità della registrazione altrui, anche per decettività, in rapporto ai segni confliggenti.

La decisione è coerente con quanto deciso da Sez. 1, n. 02499/2018, Genovese, Rv. 647143-01 con la quale l'esclusività del diritto all'uso esclusivo del segno da parte del preutente era già stata configurata quale causa d'invalidità della successiva registrazione ad opera di terzi.

Peraltro, la registrazione del marchio precedentemente oggetto di un diritto di preuso da parte di altro soggetto giuridico successivamente fallito che, però, ne aveva ceduto i relativi diritti, è stata individuata come condotta posta in essere in mala fede ed, in quanto tale, inidonea a far sorgere il diritto alla relativa registrazione ai sensi dell'art. 19 del d.lgs. n. 30 del 2005.

Nella medesima decisione è stato affermato il principio di diritto secondo cui nei casi previsti dall'art. 122, comma 2, del d.lgs. n. 30 del 2005, la legittimazione ad esperire l'azione di nullità del marchio spetta soltanto al titolare dei diritti anteriori e al suo avente causa o avente diritto, tuttavia, nel settore delle acque minerali - tenuto conto che ogni atto di trasferimento effettuato dal concessionario per il loro sfruttamento deve essere preceduto da un'autorizzazione regionale, che ne costituisce un prerequisito essenziale e ne condiziona l'efficacia - nella nozione di avente causa non rientra solo colui che è divenuto tale in forza di un negozio dispositivo *inter vivos* o *mortis causa*, ma anche colui che ha ottenuto il trasferimento della concessione mineraria con provvedimento amministrativo (**Sez. 1, n. 14925/2019, Valitutti, Rv. 654269 – 01**).

Il principio è stato, inoltre, richiamato in altra decisione (**Sez. 1, n. 34531/2019, Valitutti, Rv. 656567 - 01**) relativa al preuso di un marchio di fatto con notorietà nazionale.

La questione verte sull'interpretazione dell'art. 12, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 30 del 2005 secondo cui “non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni che alla data del deposito della domanda: a) siano identici o simili ad un segno già noto come marchio o segno distintivo di prodotti o servizi fabbricati, messi in commercio o prestati da altri per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza tra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o i servizi possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che

può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. (...) L'uso precedente del segno, quando non importi notorietà di esso, o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità ma il terzo preutente ha diritto di continuare nell'uso del marchio, anche ai fini della pubblicità, nei limiti della diffusione locale, nonostante la registrazione del marchio stesso. L'uso precedente del segno da parte del richiedente o del suo dante causa non è di ostacolo alla registrazione”.

E' stato ribadito anche in questa sede (conformemente alla decisione citata in precedenza) che “dal tenore letterale della norma si evince che il preuso di un marchio di fatto con notorietà nazionale comporta tanto il diritto all'uso esclusivo del segno distintivo da parte del preutente, quanto l'invalidità del marchio successivamente registrato ad opera di terzi, venendo in tal caso a mancare (fatte salve specifiche, e limitate ipotesi, previste dalla legge) il carattere della novità, che costituisce condizione per ottenerne validamente la registrazione”, con l'ulteriore precisazione che “il preuso che non importi notorietà di esso, o che importi una notorietà puramente locale, non esclude, ai sensi della disposizione succitata, la novità del marchio successivo e, quindi, la possibilità che il medesimo costituisca oggetto di registrazione. E tuttavia, quando si verifichi la seconda delle evenienze menzionate dalla norma dell'art. 12 del d.lgs. n. 30 del 2005, il preuso locale di un marchio non registrato conferisce al titolare del segno il diritto di continuare ad utilizzarlo, per lo stesso genere di prodotto, nell'ambito dell'uso fattone, senza tuttavia che il preutente abbia anche il diritto di vietare a colui che successivamente registri il marchio di farne anch'egli uso nella zona di diffusione locale. In siffatta ipotesi, invero, viene a configurarsi una sorta di regime di «duopolio», atto a consentire, nell'ambito locale, la coesistenza del marchio preusato e di quello successivamente registrato (principio conforme, fra l'altro, a Sez. 1, n. 4405/2006, Salvato, Rv. 589974 – 01).

In punto di nullità del marchio e, con particolare riguardo alla specifica ipotesi di procedimento di decadenza dal brevetto per mancato pagamento della tassa annuale, **Sez. 1, n. 12849/2019, Iofrida, Rv. 654249 – 01** ha deciso che il pagamento tardivo del "diritto annuale di mantenimento in vita" del brevetto ne comporta la decadenza *ex lege*, in applicazione dell'art. 227 del d.lgs. n. 30 del 2005, e il relativo accertamento officioso è effettuato dall'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (UIBM), ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. cit., previa comunicazione del rilievo all'interessato ed annotazione nel registro dei brevetti, al fine di consentire la prova della tempestività dei versamenti eseguiti, senza che l'accettazione da parte dell'UIBM dei pagamenti relativi alle successive annualità possa valere quale riconoscimento del diritto al mantenimento della privativa, vertendosi su diritti ed obblighi indisponibili, e senza che operi alcun termine per l'avvio della procedura in difetto di previsione espressa in tal senso, non potendo, in particolare, applicarsi il

termine di diciotto mesi per l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi di cui all'art. 21 *nonies* della l. n. 241 del 1990, non essendovi alcun esercizio di autotutela da parte dell'UIBM.

La Corte ha deciso in continuità con quanto precedentemente affermato, sia con riguardo alla perentorietà del termine per il pagamento della tassa annuale di brevetto (ora “diritto annuale di mantenimento in vita”) ed alla impossibilità che il suo pagamento tardivo possa farne rivivere il diritto di esclusiva che deve ritenersi già estinto (Sez. 1, n. 00117/1962, D’Armiento, Rv. 250188-01), sia sulla impossibilità di ritenere che l’accettazione del pagamento delle annualità successive e prima del rilievo della decadenza, possa costituire un riconoscimento del diritto al mantenimento del titolare della privativa (Sez. 1, n. 02851/2012, S. Olivieri, Rv. 621845-01).

In punto di inapplicabilità del procedimento di cui all’art. 21 *nonies* della l. n. 241 del 1990, la Corte ha giustificato la tesi negativa (che costituisce una novità nel panorama della giurisprudenza di legittimità, che non risulta essersi mai soffermata sul punto) evidenziando che, nel caso in esame, non vi era stato l’esercizio di alcun potere di autotutela.

In definitiva, il ritardo nel pagamento del “diritto” può essere *sanato* esclusivamente attraverso la prova dell’avvenuto pagamento non ancora annotato nei registri dell’Ufficio Brevetti.

Sez. 1, n. 31932/2019, Marulli, Rv. 655956 – 01 in materia di azione di nullità del brevetto, ha stabilito che l'art. 122, comma 4, del d.lgs. n. 30 del 2005, come modificato dall'art. 54 del d.lgs. n. 131 del 2010, va interpretato nel senso che l'azione di decadenza o di nullità di un titolo di proprietà industriale ivi prevista deve essere esercitata nel contraddittorio di tutti coloro che risultano annotati nel registro quali "aventi diritto", senza che l'aggiunta "in quanto titolari di esso", introdotta dal citato d.lgs. n. 131 del 2010, comporti l'esclusione di coloro che abbiano ceduto i diritti sul titolo, trattandosi pur sempre di soggetti iscritti nel registro "in quanto titolari", con conseguente insussistenza di ogni irragionevole disparità di trattamento tra titolari attuali ed originari del brevetto, portatori anch'essi di interessi patrimoniali qualificati e dipendenti dalla validità di quest'ultimo, i quali, diversamente, resterebbero, vulnerati da una declaratoria di nullità o di decadenza resa a conclusione di un giudizio di cui non abbiano avuto conoscenza pur essendo annotati nel registro.

La decisione assicura continuità a quanto precedentemente deciso dalla Corte con Sez. 1, n. 13915/2014, Lamorgese, Rv. 631350 - 01.

Interessante quanto deciso da **Sez.1, 34537/2019, Falabella, Rv. 656615 – 01**, in punto di divulgazione dell’invenzione industriale che fa perdere al brevetto il requisito della novità, con conseguente nullità della relativa registrazione.

La premessa dalla quale è partita la Corte è quella secondo cui non si ha divulgazione quando i terzi posti a conoscenza dell'invenzione siano obbligati a mantenere il segreto.

In particolare la Corte ha condiviso l'affermazione dei giudici di merito secondo cui non può sostenersi la segretezza dei documenti acquisiti nel corso di una procedura di appalto pubblico se il relativo vincolo non sia stato “*richiesto o palesato*” dall'interessato.

La decisione ha avuto ad oggetto l'interpretazione dell'art. 8, comma 5, lett. d), d.P.R. n. 352 del 1992, secondo la formulazione applicabile *ratione temporis*.

In particolare, è stato evidenziato come la norma preveda che i documenti amministrativi possono essere sottratti all'accesso quando riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, di persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento a interessi anche di natura industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorchè i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono, purchè gli aventi diritto abbiano manifestato la volontà di segretezza.

Pertanto, “il diritto alla segretezza delle informazioni aziendali non è assoluto: il divieto a terzi di acquisire, utilizzare o propagare tali dati soggiace, tra l'altro, alla condizione che la persona che ne abbia il controllo le sottoponga a misure adeguate a mantenerle segrete (così prevedeva l'art. 6 *bis* r.d. n. 1127/1939, vigente *ratione temporis*, e così dispone, oggi, l'art. 98 c.p.i.); ciò implica, anzitutto, che i soggetti che abbiano accesso alle informazioni che si assumono riservate vadano resi edotti della volontà del titolare di mantenere il segreto”.

D'altronde, anche con riferimento alle invenzioni industriali, l'inventore potrebbe non avere interesse a mantenere la segretezza manifestando la volontà di divulgazione.

Operando una interpretazione letterale dell'art. 8 cit., in materia di documenti afferenti a procedure pubbliche quali gli appalti di pubbliche amministrazioni, la Corte ha puntualizzato che “nei casi in cui l'autore non esprima la propria volontà di secretare le informazioni utili alla brevettazione del prodotto o del procedimento di cui è in possesso, così palesando il proprio disinteresse a mantenere la riservatezza sul punto, non vi è dunque ragione di ritenere che i documenti pubblici che le contengano siano inaccessibili a norma del cit. art. 8. In tale prospettiva è da riguardare la locuzione che compare nel quinto comma del detto articolo («*i documenti amministrativi possono essere sottratti all'accesso*»), da raccordarsi a specifici «*interessi*» (che quindi devono essere concretamente presenti, oltre che manifestati, avendo specifico riguardo alle informazioni industriali, secondo quanto si è detto): espressione che é ben diversa da quella presente nell'art. 24, comma 1, L. n.

241/1990 («[i]l diritto di accesso è escluso»), ove è quindi parola di un obbligo assoluto di segretezza».

2.1. Preuso del marchio e denominazioni I.G.P. e D.O.P.

Un'importante decisione assunta nel 2019 si è soffermata sul tema, per quanto risulta, inedito, dei rapporti tra marchi registrati e D.O.P., con particolare riguardo alle denominazioni evocative della provenienza geografica di prodotti agroalimentari.

Il tema centrale affrontato da **Sez. 1 - , Sentenza n. 27194/2019, Valitutti, Rv. 655770 – 01** riguarda il rapporto tra il preuso legittimo di un marchio evocativo della provenienza geografica di un prodotto ed il successivo riconoscimento dell'indicazione geografica o della denominazione di origine protetta.

Su tale aspetto (fattispecie relativa al marchio "*Altopiano di Asiago*", contenente una denominazione geografica idonea a caratterizzare il prodotto e veritiera, registrato prima del D.O.P. "*Asiago*") la sentenza ha deciso che, in tema di marchi relativi a prodotti agricoli e alimentari, la differenza di funzioni sussistente tra marchi e indicazioni geografiche (I.G.P.) o denominazioni di origine protetta (D.O.P.) non esclude, alla stregua della normativa e della giurisprudenza europea, l'interesse comune, rappresentato dall'uso del nome geografico nell'ambito delle produzioni agricole e alimentari, quale vantaggio competitivo che l'indicazione dell'origine è in grado di garantire al prodotto, sicché il titolare di un marchio registrato in buona fede prima del riconoscimento della denominazione di origine protetta ben può proseguire, nonostante la successiva registrazione di detta denominazione protetta, l'uso del marchio, ai sensi dell'art. 14, comma 2, del Regolamento n. 2006/510/CE, laddove non ricorrano ragioni di nullità o decadenza del marchio stesso.

Ha altresì specificato che, in tema di prodotti agricoli e alimentari, l'art. 14, comma 2, del Regolamento (CE) n. 510/2006, consente al titolare di continuare ad utilizzare il marchio registrato prima del riconoscimento della denominazione di origine protetta, anche quando in esso è evocato l'unico elemento che compone quest'ultima, e cioè la provenienza geografica del prodotto, purché si accerti che la registrazione sia stata effettuata in buona fede. A tal fine, il giudice di merito valuta la natura del marchio, il riferimento esclusivo alla reale provenienza geografica del bene e la mancanza di imitazioni (anche mediante contraffazione o camuffamento) di termini adoperati nella denominazione di origine protetta, tenendo anche conto del fatto che l'indicazione della zona di produzione dell'alimento è comunque consentita e in alcuni casi imposta al produttore titolare del marchio, ai sensi degli artt. 2, comma 1, lett. a) e 3, comma 1, n. 8 della Direttiva 2000/13/CE.

Con la sentenza in esame, la Corte ha colto l'occasione per fornire un'ampia e dettagliata disamina della normativa sovranazionale in materia di regolamentazione e tutela delle indicazioni geografiche protette (I.G.P.) e delle denominazioni di origini protette (D.O.P.) per come delineata, in primo luogo, dall'art. 13, comma 1, lett. b) del Regolamento CE n. 5610 del 2006.

La protezione riguarda “qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera del prodotto è indicata o se la denominazione protetta è una traduzione”.

La norma è stata estesa dall'art. 16, lett. b) Regolamento CE n. 110/2008 alle bevande spiritose.

La Corte ha fornito una sintesi della giurisprudenza comunitaria in materia menzionando le decisioni della Corte di Giustizia 4.3.1999 - relativa alla dicitura “*Combozola*” evocazione della D.O.P. “*Gorgonzola*”, 26.2.2008 – relativa alla denominazione “*Parmesan*” evocazione della D.O.P. “*Parmigiano Reggiano*”, 21.1.2006, *Viiniverla*, 7.6.2018, *Scotch Whisky Association*, 20.12.2017 - relativa alla dicitura “*Champagne Sorbet*”, in rapporto alla D.O.P. “*Champagne*”.

Ha riassunto le emergenze di tutte le decisioni menzionate affermando che l'uso della dicitura «Altopiano di Asiago» evoca la D.O.P. «Asiago», in violazione del disposto di cui all'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 297 del 2004 e dell'art. 13, comma i, lett. b) del Regolamento CE n. 510 del 2006 in quanto “*siffatta locuzione presenta tutte le caratteristiche evidenziate dalla giurisprudenza europea idonee ad integrare la nozione di «evocazione», sussistendo: a) la «parziale incorporazione» della denominazione protetta «Asiago» nella contestata espressione «Altopiano di Asiago»; b) la «similarità fonetica e/o visiva», vertendosi nel caso concreto - ben al contrario di quanto assumono i ricorrenti - in una fattispecie in cui non si è in presenza neppure di un nome imitato, contraffatto o storpiato, come «parmesan» o «cambozola», con riferimento ai quali pure la Corte di Lussemburgo ha ritenuto sussistere l'«evocazione», ma di una pedissequa riproduzione del termine «Asiago», con la sola aggiunta del sostantivo «Altopiano», certamente idoneo ad evocare nella mente del consumatore medio, in special modo in una zona dove tale produzione è molto diffusa, il noto formaggio Asiago; c) la «somiglianza concettuale», trattandosi del medesimo prodotto lattiero caseario, proveniente dalla medesima zona di produzione».*

Passando, tuttavia, ad esaminare la questione del rapporto tra la registrazione del marchio e la D.O.P. in relazione al preuso del primo, la Corte ha affrontato la questione del limite costituito dall'art. 14 del Regolamento CE n. 510 del 2006 ove è stabilito che “*Nel rispetto del diritto comunitario, l'uso di un marchio corrispondente ad una delle situazioni di cui all'articolo 13, depositato, registrato o, nei casi in cui ciò sia previsto dalla normativa pertinente, acquisito con l'uso in buona fede sul territorio comunitario, anteriormente alla data di protezione della denominazione d'origine o dell'indicazione geografica nel paese d'origine [...] può proseguire, nonostante la registrazione di una denominazione d'origine o di*

un'indicazione geografica, qualora il marchio non incorra nella nullità o decadenza per i motivi previsti dalla prima direttiva 89/104/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa o dal regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario».

Inoltre, l'art. 2, comma 1, lett. a), della Direttiva 2000/13/CE stabilisce che *“L'etichettatura e le relative modalità di realizzazione non devono: a) essere tali da indurre in errore l'acquirente, specialmente: i) per quanto riguarda le caratteristiche del prodotto alimentare e in particolare (...) l'origine e la provenienza”*, mentre il successivo art. 3, comma 1, n. 8, prevede che tra le informazioni obbligatorie da apporre sulle etichette, è ricompreso anche *“il luogo di origine o di provenienza, qualora l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore circa l'origine o la provenienza effettiva del prodotto alimentare”*.

L'argomentazione centrale posta a fondamento della tutela del marchio registrato nei confronti delle I.G.P. e delle D.O.P. (rispetto alle quali assolve a funzioni diverse) risiede nella individuazione di un comune interesse *“rappresentato dall'uso del nome geografico nell'ambito delle produzioni agricole e alimentari, quale vantaggio competitivo che l'indicazione dell'origine è in grado di garantire al prodotto. E ciò attraverso l'evocazione di fattori ambientali, storici e culturali che traggono dal territorio la loro forza distintiva e che valgono a caratterizzare ciò che ivi si produce come del tutto peculiare nel suo genere. In tale prospettiva anche il marchio preesistente alla D.O.P. o alla I.G.P. - laddove non incorra nella nullità o decadenza suindicate, ipotesi neppure adombrata nel caso di specie - assume, dunque, uno specifico rilievo, talchè si giustifica anche l'importanza che l'indicazione dell'origine e della provenienza del prodotto, nell'etichettatura e nell'imballaggio dello stesso, assume in ambito comunitario”*.

3. Il diritto d'autore.

In tema di diritto morale d'autore, **Sez. 1, n. 18220/2019, Nazzicone, Rv. 654656 – 01** ha enunciato il principio secondo cui l'art. 20 l. n. 634 del 1941, che riconosce il diritto morale d'autore come indipendente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica dell'opera, va interpretato nel senso che *“il diritto di rivendicare la paternità dell'opera”* consiste non soltanto in quello di impedire l'altrui abusiva auto o eteroattribuzione di paternità, ma anche nel diritto di essere riconosciuto come l'autore dell'opera, indipendentemente dalla parallela, ma pur solo eventuale, attribuzione ad altri, e la violazione del diritto importa l'obbligo del responsabile di risarcire il danno non patrimoniale arrecato.

La vicenda contenziosa ha riguardato la domanda di riconoscimento della violazione del diritto morale d'autore, e il conseguente ristoro del pregiudizio sofferto, nel caso di tavole disegnate su tutti i diversi volumi di un'opera da un autore il cui nome era stato annotato solo nell'ultimo volume, peraltro venduto separatamente.

La sentenza è particolarmente articolata e propone una ricostruzione dettagliata del diritto morale d'autore nelle sue diverse declinazioni: diritto a rivendicare la paternità dell'opera e ad opporsi ad ogni deformazione, mutilazione o modificazione, diritto di rivelarsi l'autore di un'opera anonima, diritto di inedito, diritto di ritirare l'opera, diritto all'indicazione del nome da parte dell'editore (rispettivamente artt. 20, 21, 24, 142 e 126 l. n. 633 del 1941).

In particolare, la Corte ha indicato il primo e l'ultimo dei diritti ora descritti come funzionali a “soddisfare l'essenziale tutela della identità personale autoriale e artistica, avendo l'editore l'obbligo di indicare il nome dell'autore dell'opera proprio in quanto, in tal modo, ne viene rispettata l'attribuzione di paternità: l'essere riconosciuto come autore dell'opera concorre alla specifica identità personale, quale componente dei più ampi ed inviolabili diritti, di rilievo costituzionale, all'identità, all'onore, alla reputazione personale ed al prestigio sociale”.

Non solo, ma il diritto alla paternità dell'opera, nella sentenza, è stato ritenuto assolvere anche ad una finalità di natura pubblicistica attinente alla “lealtà e correttezza” del mercato delle opere dell'ingegno (con richiami anche ad un precedente della Corte di cassazione penale).

Alla luce di tali considerazioni, la Corte è pervenuta alla conclusione che la lesione del diritto morale d'autore prescinde dall'attribuzione dell'opera ad altri, potendo concretizzarsi anche nel caso di “forzato anonimato”.

Sull'argomento si era registrato un arresto della Corte anche nell'anno 2018 quando Sez. 6-1, n. 03445/2018, Di Marzio, Rv. 647050-01 aveva affermato che lo sfruttamento non autorizzato dell'opera non configura, automaticamente, anche la violazione del diritto morale d'autore alla paternità della stessa per cui, la mancata menzione dell'autore dell'opera, non determina una presunzione di indebita attribuzione della stessa al suo utilizzatore non trovando, tale presunzione, alcun riscontro normativo.

Si tratta di precedente richiamato dalla sentenza qui in rassegna che ne ha comunque sottolineato la diversa impostazione essendo stata, in quel caso, superata ogni questione relativa alla configurabilità della lesione del diritto morale d'autore dal fatto che chi aveva sfruttato l'opera aveva, ad un certo punto, ovviato all'omissione segnalando il relativo nominativo.

Sulla tematica relativa all'apposizione del contrassegno SIAE **Sez. 1, n. 12847/2019, Iofrida, Rv. 654248 – 01** ha affermato che l'obbligo di apporre il contrassegno SIAE sui supporti multimediali riproducenti opere dell'ingegno destinate alla commercializzazione costituisce una “regola tecnica” che, non essendo stata notificata alla Commissione europea - fino alla revisione della materia attuata con il d.p.c.m. n. 31 del 2009, con cui si è provveduto alla detta notificazione - ai sensi delle direttive nn. 83/189/CEE e 98/34/CEE, contrasta, come ritenuto da

Corte di Giustizia U.E. 8.11.2007, C-20/2005, con il diritto comunitario e, pertanto, non può essere fatto valere nei confronti dei privati, senza che possa distinguersi, al fine di compensare gli oneri sostenuti dalla SIAE, tra una "regola tecnica" riguardante l'obbligo di marcatura ed etichettatura e l'imposizione del pagamento di un tributo per ogni supporto commercializzato.

Si tratta di principio pressochè inedito non essendo riscontrabili precedenti massimati specificamente sul punto.

In particolare, sono stati ritenuti indebiti i versamenti in favore della SIAE per ciascun supporto multimediale contenente *software* gratuiti e dimostrativi allegato quale inserto a una rivista cartacea.

La Corte, anche in questo caso, ha operato un complessivo riassunto delle principali questioni poste in tema di contrassegno SIAE dalla decisione della Corte di Giustizia dell'8.11.2007 e sulla portata di tale decisione con la quale è stata affermata l'inopponibilità delle regole tecniche di cui al d.p.c.m. 338/2001 nei confronti dei privati.

Tale inopponibilità non è limitata a settori particolari dell'ordinamento essendo, invece, riferibile, ad esempio, anche a quello tributario.

Altra importante decisione, anch'essa inedita, in tema di diritto di autore è quella di **Sez. 1, n. 7708/2019, Nazzicone, Rv. 653569 - 02** con la quale è stato affermato che nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la responsabilità dell' "*hosting provider*", prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, oppure abbia continuato a pubblicarli, quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) sia ragionevolmente constatabile l'illiceità dell'altrui condotta, onde l' "*hosting provider*" sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere.

Resta affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, in riferimento al profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, oppure sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo "*url*", alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti.

Circa la nozione di "*hosting provider*" è stato affermato, nella stessa sentenza, che l' "*hosting provider*" attivo è il prestatore dei servizi della società dell'informazione il quale svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico,

automatico e passivo, e pone in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni (**Sez. 1 , n. 7708/2019, Nazzicone, Rv. 653569 – 01**).

La sentenza va segnalata, oltre che per l'importanza dei principi affermati per la soluzione del caso concreto, anche per l'ampia ed approfondita ricostruzione della normativa e della giurisprudenza di origine sovranazionale, in primo luogo relativamente alla nozione di “*hosting provider*” attivo (figura addirittura negata nel caso concreto dai giudici di merito) e passivo quale possibile (solo il primo, invero) soggetto autore di violazioni del diritto di autore.

La vicenda contenziosa ha riguardato la violazione del diritto d'autore di R.T.I. s.p.a. da parte di Yahoo Italia s.p.a., attuata mediante la diffusione sul proprio "portale video" di filmati tratti da vari programmi televisivi dei quali era titolare l'attrice, quale produttore di opere audiovisive e di sequenze di immagini in movimento, su cui vantava diritti esclusivi, nonché esercente l'attività di emissione radiofonica o televisiva.

Estremamente dettagliata la platea di condotte teoricamente suscettibili di qualificare come “attiva” la figura della piattaforma ospitante e, quindi, di rendere la stessa, astrattamente, autrice dell'illecita utilizzazione di opere appartenenti a terzi.

La sentenza ha invece ricostruito un ruolo “attivo” dell’*hosting* relativamente all'ipotesi in cui il prestatore del servizio, una volta a conoscenza dei contenuti illeciti veicolati da terzi attraverso il servizio stesso, in particolare a seguito della diffida a lui inoltrata dal titolare del diritto leso, violi l'obbligo di rimuoverli e di impedire ulteriori violazioni, senza che sia necessaria la specifica indicazione dei cd. “*url*” di ciascun video affinché sorga il dovere di attivarsi in tal senso.

Si evoca la configurabilità di una vera e propria “posizione di garanzia” dell’*hosting* anche rispetto a possibili violazioni del diritto d'autore.

Né la responsabilità, per come ricostruita dalla sentenza, può ritenersi venire meno per effetto dell'art. 17 d.lgs. n. 70 del 2003 che esclude un obbligo di sorveglianza generale e costante, onde il prestatore non è responsabile per avere omesso di vigilare in modo preventivo e continuativo sui contenuti immessi dagli utenti del servizio.

Infatti, l’“*hosting*” risponde dei danni cagionati, allorché, reso edotto di quei contenuti - vuoi dal titolare del diritto, vuoi *aliunde* - non si sia attivato per l'immediata rimozione dei medesimi.

Tenuto conto dell'importanza dei temi affrontati si reputa opportuno riportare il seguente passaggio della motivazione: “il (menzionato) bilanciamento, da parte del legislatore, degli interessi coinvolti nel fenomeno Internet è stato così realizzato

sancendo un regime di irresponsabilità del prestatore sino al limite del suo diretto coinvolgimento oppure della sua conoscenza dell'illecito: in tal modo perciò circoscrivendo, ma non annullando del tutto, il controllo circa i contenuti immessi che possano integrare illeciti telematici” (pag. 27).

Altro profilo rilevante è quello relativo alle modalità con le quali possa dirsi acquisita o acquisibile la conoscenza dell'illecito e se, nel caso di asserita violazione del diritto d'autore, il soggetto leso che effettui la comunicazione al “*provider*” debba indicare in maniera precisa l'allocazione dell'opera oggetto di violazione (indicazione comprensiva cioè dell'indirizzo *url*) ovvero possa limitarsi ad indicare il nome dell'opera (es. della trasmissione) oggetto di violazione.

Comunicazione che non deve necessariamente provenire dalla pubblica autorità e che fa sorgere l'obbligo di evitare la continuazione di violazioni dello stesso tipo.

4. Le condotte anticoncorrenziali di cui alla legge 10 ottobre 1990 n. 287.

La maggior parte delle sentenze emesse dalla Corte nell'anno 2019 in tema di norme per la tutela della concorrenza e del mercato attiene ai provvedimenti assunti dall'Autorità Garante o da altri Organi (Banca d'Italia per il periodo precedente all'entrata in vigore della l. n. 262 del 2005) e riguarda i limiti del sindacato giurisdizionale.

In particolare, **Sez. U., n. 11929/2019, Conti, Rv. 653793 – 01** ha precisato che il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pur non estendendosi al merito, con conseguente sostituzione di un proprio provvedimento con quello impugnato, comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento dell'atto e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, nel qual caso il sindacato è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante.

Le Sezioni Unite hanno così rigettato le censure di sconfinamento del controllo giurisdizionale del Consiglio di Stato che ha reputato illegittimo il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sulla base della qualificazione in termini di liceità del messaggio pubblicitario.

Nell'affrontare il tema dei limiti del sindacato del Consiglio di Stato rispetto ai provvedimenti dell'AGCM, la Corte ha precisato che la normativa rilevante, nel caso affrontato, era quella risultante dalla l. n. 287 del 1990 e dal d. lgs. n. 206/2005, nella versione anteriore alle modifiche apportate agli articoli dal 18 al 27 dal d. lgs. n. 146/2007 e dal d. lgs. n. 145/2007.

Le Sezioni Unite hanno affrontato il delicato tema dei limiti del sindacato giurisdizionale rispetto ai provvedimenti delle Autorità Indipendenti dotate di particolare discrezionalità amministrativa nell'adozione di provvedimenti quali quelli posti a garanzia della libertà di concorrenza.

In particolare, hanno dapprima premesso considerazioni in ordine alla natura di tali provvedimenti sanzionatori per i quali assumono rilievo le valutazioni, per di più di natura tecnico discrezionale, espresse dall'Autorità in sede di accertamento ed irrogazione delle sanzioni.

Ciò vale, a maggior ragione, per le sanzioni applicate dall'AGCM, alla quale spetta anche il compito di accertare e sanzionare le ipotesi di alterazione del libero confronto competitivo tra le imprese che si manifestano sotto forma di intese anticoncorrenziali (art. 2) e di abusi di posizione dominante (art. 3).

La sentenza, nell'enunciare il principio di diritto sopra trascritto, si è allineata a S.U., n. 1013/2014, Rordorf, Rv. 629196-01 che ha affermato che se al giudice amministrativo non è consentito sostituirsi all'Autorità nelle attività di accertamento ed applicazione della legge con un proprio provvedimento, nondimeno il sindacato giurisdizionale non può dirsi limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo ricordando che “è, infatti, la necessità di una tutela giurisdizionale piena a richiedere che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano essere risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso sulla posizione giuridica del soggetto”.

Inoltre, S.U., n. 30974/2017 (non massimata) ha ribadito che la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità Garante implica che il giudice non possa sostituire con un proprio provvedimento quello adottato da detta Autorità, ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto, “ (...) in quanto la pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano essere risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo”.

Sez. 1, n. 13846/2019, Falabella, Rv. 654261 - 01 si è pronunciata sulla natura del controllo che può operare il giudice di merito sul provvedimento della Banca d'Italia in materia di intese vietate dall'art. 2 l. n. 287 del 1990 affermando che, in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dalla predetta norma, e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall'art. 19, comma 11, della l. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un'elevata attitudine a provare la condotta

anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano in esso pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario.

Nell'affermare il predetto principio di diritto la Corte ha dichiaratamente fatto applicazione di precedenti arresti con i quali aveva sostenuto che nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscono una prova privilegiata, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, anche se ciò non esclude la possibilità che le parti offrano prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie (Sez. 1, n. 3640/2009, M.A. Tavassi, Rv. 606761-01) ed inoltre che, con riferimento al giudizio promosso dall'assicurato per il risarcimento del danno patito per l'elevato premio corrisposto in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza, tra compagnie assicuratrici, il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorità Garante per la Concorrenza ha un'elevata attitudine a provare tanto la condotta anticoncorrenziale, quanto l'astratta idoneità della stessa a procurare un danno ai consumatori e consente di presumere, senza violazione del principio *praesumptum de praesumpto non admittitur*, che dalla condotta anticoncorrenziale sia scaturito un danno per la generalità degli assicurati, nel quale è ricompreso, come essenziale componente, il pregiudizio subito dal singolo assicurato (Sez. 1, n. 11904/2014, Di Amato, Rv. 631486-01 ed altre).

In continuità con quanto deciso con la sentenza ora menzionata **Sez. 1, n. 18176/2019, Scotti, Rv. 654545 – 02**, ha ulteriormente statuito che nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287 del 1990 per il risarcimento dei danni derivanti da illeciti anticoncorrenziali, i provvedimenti assunti dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) e le decisioni del giudice amministrativo, che eventualmente abbiano confermato o riformato quei provvedimenti, costituiscono prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso.

In punto di decorrenza del termine di prescrizione per l'azione di risarcimento del danno, la medesima sentenza (**Sez. 1, n. 18176/2019, Scotti, Rv. 654545 – 01**) ha stabilito che in tema di risarcimento del danno da illecito anticoncorrenziale, riconducibile alla categoria del danno lungolattente, il termine di prescrizione della relativa azione comincia a decorrere, non dal momento in cui il fatto si verifica nella sua materialità e realtà fenomenica, ma da quando esso si manifesta all'esterno con tutti i connotati che ne determinano l'illiceità.

La Corte ha così confermato la decisione di merito che aveva dato rilievo, ai fini della decorrenza della prescrizione, al momento in cui la condotta, qualificata come abuso di posizione dominante, aveva assunto rilevanza pubblica.

L'orientamento si allinea a Sez. 3, n. 02303/2007, Spirito, Rv. 595530-01 con la quale è stato deciso che in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno lungolattente, l'azione risarcitoria da intesa anticoncorrenziale, proposta ai sensi del secondo comma dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, si prescrive, in base al combinato disposto degli art. 2935 e 2947 cod. civ., in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia, mentre resta a carico di chi eccepisce la prescrizione l'onere di provarne la decorrenza, e il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in cassazione, se sufficientemente e coerentemente motivato.

In tema di abuso della posizione dominante e della relativa azione di concorrenza sleale, **Sez. 1, n. 29237/2019, Tricomi Laura, Rv. 656040 - 02**, ha ribadito quanto già deciso da Sez. 1, n. 11564/2015, Lamorgese, Rv. 635649 – 01, nel senso che in tema di risarcimento del danno derivante da paventate violazioni agli artt. 2 e seguenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, sicché, fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata.

5. Divieto di concorrenza e concorrenza sleale.

Relativamente alla competenza **Sez. 6 - 3, n. 14171/2019, Cirillo, Rv. 653940 - 01** ha ribadito il principio secondo cui i procedimenti in materia di concorrenza sleale cd. pura (nei quali, cioè, l'accertamento della lesione del diritto alla lealtà concorrenziale non implica una valutazione incidentale della violazione del diritto di privativa, quale elemento costitutivo dell'illecito) appartengono alla competenza della sezione specializzata in materia d'impresa solo quando presentino elementi di connessione con le azioni in materia di proprietà industriale e sono, in tal caso, attratti alla speciale competenza per territorio stabilita dall'art. 120 del d.lgs. n. 30 del 2005.

Si è dato così continuità a quanto già deciso in Sez. 6 - 1, n. 21776/2016, Mercolino, Rv. 642666 - 01.

In punto di individuazione del soggetto attivo della condotta suscettibile di integrare un atto di concorrenza sleale **Sez. 1, n. 18772/2019, Scotti, Rv. 654770 - 01** ha affermato che gli atti di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. presuppongono un rapporto di concorrenza tra imprenditori, sicché la legittimazione attiva e passiva all'azione richiede il possesso della qualità di imprenditore; ciò, tuttavia, non esclude la possibilità del compimento di un atto di concorrenza sleale da parte di chi si trovi in una relazione particolare con l'imprenditore, soggetto avvantaggiato, tale da far ritenere che l'attività posta in essere sia stata oggettivamente svolta nell'interesse di quest'ultimo, non essendo indispensabile la prova che tra i due sia intercorso un "*pactum sceleris*", ed essendo invece sufficiente il dato oggettivo consistente nell'esistenza di una relazione di interessi tra l'autore dell'atto e l'imprenditore avvantaggiato, in carenza del quale l'attività del primo può eventualmente integrare un illecito *ex art. 2043, c.c.*, ma non un atto di concorrenza sleale.

La vicenda ha avuto riguardo ad una forma di abuso di informazioni commerciali riservate comunicate da una dipendente alla società per la quale lavorava con conseguente danno al suo *ex* datore di lavoro.

L'affermazione si pone in relazione di conformità, fra le altre, con Sez.2, n. 9117/2012, Falaschi, Rv. 622656 - 01, con Sez. 3, n. 17459/2007, Trifone, Rv. 598882 - 01 e Sez. 1, n. 13071/2003, Di Amato, Rv. 566623 - 01 con le quali era stato affermato il medesimo principio.

La Corte, a tale proposito, ha evocato la figura penalistica del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio (in questo caso dell'imprenditore) per il quale, pur non essendo necessario l'accordo in danno del soggetto danneggiato, è pur sempre richiesta una "*relazione di interessi tra tali soggetti tale da far ritenere che il terzo, con la propria attività, abbia inteso realizzare proprio quegli interessi al cui soddisfacimento i rapporti erano*

funzionali, non essendo sufficiente la mera corrispondenza del fatto illecito di quest'ultimo all'interesse dell'imprenditore” (rif. Sez. 1, n. 18691/2015, Mercolino, Rv. 636767 – 01).

In altro passaggio la sentenza (**Sez. 1, n. 18772/2019, Scotti, Rv. 654770 – 03**), ha affrontato la questione della configurabilità della concorrenza sleale attraverso la trasmissione di informazioni escludendo che la semplice comunicazione di notizie in possesso di un *ex* dipendente al nuovo datore di lavoro integri una forma di concorso nella concorrenza sleale.

Il principio affermato è che può configurarsi un atto di concorrenza sleale in presenza del trasferimento di un complesso di informazioni aziendali da parte di un *ex* dipendente di imprenditore concorrente, pur non costituendo oggetto di un vero e proprio diritto di proprietà industriale quali informazioni riservate o segreti commerciali, ma è necessario che ci si trovi in presenza di un complesso organizzato e strutturato di dati cognitivi, seppur non segreti e protetti, che superino la capacità mnemonica e l'esperienza del singolo normale individuo e configurino così una banca dati che, arricchendo la conoscenza del concorrente, sia capace di fornirgli un vantaggio competitivo che trascenda la capacità e le esperienze del lavoratore acquisito.

In particolare, è stato sostenuto che l'apporto di conoscenze, c.d. "*know how*" aziendale, assicurato al nuovo datore di lavoro da un dipendente precedentemente occupato presso impresa concorrente, non può comportare l'integrazione di atti di concorrenza sleale a danno di quest'ultima, a meno che non risultino trasferiti dati protetti oppure una intera banca dati che trascenda le competenze ed i ricordi del lavoratore acquisito.

Secondo quanto sostenuto dalla Corte, l'opzione interpretativa che prospetta una nozione più ampia di “informazione commerciale” la cui divulgazione comporta il concretarsi di un atto di concorrenza sleale, finirebbe con “*l'attribuire un monopolio all'ex datore di lavoro sulle conoscenze e sull'esperienza dell'ex dipendente, in assenza di diritti di proprietà industriale su informazioni segrete e soprattutto mortificando i diritti costituzionalmente tutelati del lavoratore ex artt.4, 35 e 36 Cost. a reperire sul mercato la miglior valorizzazione e remunerazione delle sue capacità professionali, senza che, nei limiti consentiti dalla legge per il contemperamento delle contrapposte esigenze, l'ex datore di lavoro si sia tutelato con la stipulazione di un patto di non concorrenza ex artt.2125 e 2596 cod.civ. per la «fidelizzazione ultrattiva» del dipendente, assumendosi i costi necessari*”.

Sempre in relazione alla nozione di informazioni segrete industriali la Corte (**Sez. 1, n. 31936/2019, Scotti, non massimata**) ha evidenziato come le informazioni segrete di cui all'art. 98 d.lgs. n. 30 del 2005 “non esauriscono l'ambito di tutela delle informazioni riservate in ambito industriale, pur sempre esperibile anche attraverso la disciplina della concorrenza sleale contro gli atti contrari alla correttezza professionale ex art. 2958 n. 3, c.c. nei confronti della scorretta

acquisizione di informazioni riservate, ancorchè non caratterizzate dai requisiti di segretezza e segretazione dell'art. 98 cit.” ed ha ribadito testualmente quanto riportato nella decisione precedentemente citata circa la configurabilità della concorrenza sleale nel caso di trasmissione di trasmissione di un know how aziendale in senso lato.

Sez. 1, n. 18772/2019, Scotti, Rv. 654770 – 02 ha deciso che in materia di concorrenza sleale, qualora risulti prospettata la ricorrenza di un illecito concorrenziale tra imprenditori posto in essere valendosi delle informazioni fornite da un lavoratore, prima dipendente dell'uno e poi dell'altro, è ammissibile la prosecuzione del giudizio nei confronti del lavoratore dipendente, uno dei corresponsabili solidali originariamente individuati, sebbene la controversia tra gli imprenditori sia cessata, avendo essi raggiunto un accordo transattivo.

Si tratta di un principio inedito che attiene sempre alla vicenda contenziosa della quale si è sin qui trattato.

Al par. 1. si è già detto di **Sez. 1, n. 2473/2019, Falabella, Rv. 652421 – 01** con la quale è stato affermato che l'attività illecita consistente nell'appropriazione o contraffazione del marchio può essere posta a fondamento sia di un'azione reale a tutela dell'esclusiva sul marchio, sia di un'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno da concorrenza sleale.

In merito all'azione di concorrenza sleale, assume rilevanza particolare la decisione di **Sez. 1, n. 29252/2019, Valitutti, Rv. 656123 - 01**, che, in conformità a quanto deciso da Sez. 1, n. 5529/2006, Gilardi, Rv. 587276 – 01, ha specificato come in tema di brevetto per invenzioni industriali, la scadenza del brevetto comporta l'obbligo per il giudice di merito, non di dichiarare improponibile la domanda di inibitoria dell'attività costituente concorrenza sleale per contraffazione della privativa, bensì di rigettare l'azione proposta allorchè, al momento della decisione, il suo titolare ne sia decaduto per intervenuta scadenza, versandosi in ipotesi di carenza, non di presupposti, ma di condizioni dell'azione, e difettando, in tale ipotesi, la condizione dell'azione costituita dall'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.p.* con la precisazione che, comunque, l'intervenuta scadenza del brevetto, al momento della decisione, non preclude, tuttavia, al titolare di ottenere l'accertamento della contraffazione del brevetto, anche ai fini risarcitori, per il periodo precedente la sua scadenza, dal momento che quest'ultima fa venire meno la privativa esclusivamente per il tempo ad essa successivo.

La stessa decisione si è ulteriormente soffermata sul tema della contraffazione indiretta (o “*contributory infringement*”) positivizzato dalla l. n. 214 del 2016 che ha introdotto l'art. 66 del d.lgs. n. 30 del 2005 con vigenza dal 25.11.2016 individuando una condotta di contraffazione del brevetto anche nella fornitura a terzi di mezzi relativi ad un elemento indispensabile dell'invenzione, purchè il terzo sia

consapevole dell'idoneità e della destinazione di tali mezzi all'attuazione dell'invenzione.

Sul punto la Corte ha deciso che l'illecito in parola consta di due elementi, che devono essere accertati in concreto dal giudice di merito: a) l'elemento oggettivo consistente nella fornitura, o offerta di fornitura, a soggetti diversi dagli aventi diritto all'utilizzazione dell'invenzione brevettata, dei mezzi relativi a un elemento indispensabile di tale invenzione e necessari per la sua attuazione e la successiva contraffazione diretta da parte di terzi; b) l'elemento soggettivo, consistente nella consapevolezza, non solo dell'idoneità ma anche della destinazione concreta di detti mezzi ad attuare l'invenzione, ovvero la possibilità di acquisirla con l'ordinaria diligenza, consapevolezza che deve essere accertata in concreto dal giudice di merito, sulla base di dati fattuali suscettibili di evidenziare la conoscenza, da parte del fornitore, circa l'impiego di quanto fornito nell'ambito di un procedimento brevettato, o comunque dell'obiettivo ed univoca destinazione dei mezzi forniti all'attuazione del brevetto.

6. L'azione di classe.

In tema di distribuzione dell'onere della prova circa l'azione di risarcimento dei danni non patrimoniali da inadempimento contrattuale nell'ambito di un'azione di classe *ex art. 140 bis* della l. n. 209 del 2005, **Sez. 3, n. 14886/2019, Dell'Utri, Rv. 654207 – 01**, ha deciso che l'accertamento del danno non patrimoniale rivendicato nel quadro di un'azione di classe, promossa ai sensi dell'*art. 140 bis* del d.lgs. n.206 del 2005, richiede allegazione e prova non solo dei requisiti della rilevanza costituzionale degli interessi lesi, della gravità della relativa lesione e della non futilità dei danni ma anche dei profili concreti dei pregiudizi lamentati, capaci di valorizzarne i tratti condivisi da tutti i membri della classe, non personalizzabili in relazione a singoli danneggiati bensì accomunati da caratteristiche tali da giustificare tanto l'apprezzamento seriale quanto la gestione processuale congiuntamente rivendicata.

Si tratta di una decisione sostanzialmente innovativa sul punto e della quale, quindi, merita di essere evidenziato il passaggio motivazionale ove si è sostenuto che, nell'azione di classe *ex art. 140 bis* cod. cons. è compito del giudice di merito coordinare l'indagine condotta sulla serietà e la gravità dell'offesa inferta all'interesse costituzionalmente protetto, con le esigenze proprie di quell'azione “*disegnata dal legislatore italiano, con particolare riguardo alla necessità che le situazioni soggettive lese e i diritti concretamente pregiudicati (di necessaria rilevanza costituzionale) siano caratterizzati (non solo dalla gravità e serietà della relativa lesione, bensì anche) dall'essenziale requisito della relativa omogeneità (ex art. 140 bis cit.), inteso, quest'ultimo, come il tratto proprio di pretese individuali*

che, vantate da un insieme di consumatori o di utenti, siano accomunate da caratteristiche tali da giustificarne un apprezzamento 'seriale' e una gestione processuale congiunta, dovendo escludersi, sul piano logico, prima ancora che su quello giuridico, la compatibilità dello strumento processuale così delineato dal legislatore con l'esecuzione di accertamenti calibrati su specifiche situazioni personali o con valutazioni che si soffermino sulla consistenza specifica della sfera emotiva o dell'esperienza dinamico-relazionale di singoli danneggiati?'

Si rende quindi impraticabile l'azione in esame nel caso in cui la pretesa del danneggiato sia quella di valorizzare profili che non siano suscettibili di essere “standardizzati”.

Con riguardo alle modalità di adesione all'azione di classe, **Sez. 1, n. 12997/2019, Fidanza, Rv. 654253 – 02** ha stabilito che nelle azioni di classe, introdotte a norma dell'art. 140 *bis* del d.lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo), i consumatori e gli utenti possono aderire all'azione comune anche tramite fax e posta elettronica, senza l'osservanza di particolari formalità, con la conseguenza che la sottoscrizione degli aderenti non deve essere autenticata con le modalità, e a cura dei soggetti, di cui al d.P.R. n. 445 del 2000.

7. Clausole vessatorie nel contratto tra consumatore e professionista.

In punto di distinzione tra le figure del “consumatore” e del “professionista”, ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 33 l. n. 206 del 2005, **Sez. 6 - 2, n. 8419/2019, Guido, Rv. 653386 – 01** ha statuito che, in tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui al vecchio testo dell'art. 1469 *bis* c.c. (ora art. 33 del Codice del consumo, approvato con d.lgs. n. 206 del 2005), la qualifica di consumatore spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice consumatore soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; correlativamente devono essere considerate professionisti tanto la persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica sia privata, che utilizzino il contratto non necessariamente nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all'attività imprenditoriale o professionale.

Con tale decisione la Corte ha escluso la qualità di consumatore in capo ad una persona fisica che aveva commissionato ad una società, di cui egli era socio al 99%, lo studio di fattibilità di un “*trust*”, ritenendo determinante la stretta correlazione tra il patrimonio della società commissionaria ed i beni che sarebbero dovuti confluire nel “*trust*” medesimo.

Si tratta di principio conforme a Sez. 6 - 1, n. 21763/2013, Cristiano, Rv. 627977 – 01 che lo aveva affermato nel caso di persona fisica che, pur avendo concluso un contratto di apertura di credito con una banca in nome proprio, aveva però ottenuto il finanziamento, non per sé ma in favore della società di cui era amministratore e principale azionista.

In tema di foro del consumatore, è stato deciso che ove una domanda sia proposta invocando la sussistenza, dinanzi al giudice adito, del foro del consumatore, l'eccezione sulla competenza territoriale sollevata dal convenuto tesa a negare la qualificabilità e assoggettabilità della controversia - poiché non "di consumo" - a quel foro, implica, ove fondata, l'applicazione delle regole di competenza territoriale derogabile, con la conseguenza che la parte è tenuta a contestare la sussistenza, in capo al giudice adito, di tutti i possibili fori concorrenti per ragione di territorio derogabile, e ad indicare il diverso giudice competente secondo ognuno di essi, dovendo altrimenti ritenersi l'eccezione di incompetenza *tamquam non esset*, perché incompleta, e ciò anche quando il giudice adito ritenga che effettivamente la controversia non sia soggetta al foro del consumatore (**Sez. 6 - 3, n. 32731/2019, Dell'Utri, Rv. Rv. 656182 - 01**).

Si tratta di orientamento conforme a Sez. 6 - 3, n. 3539/2014, Frasca, Rv. 630354 – 01.

Ancora, è stato affermato il principio per cui in materia di opposizione ad ingiunzione fiscale, la competenza territoriale del giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento opposto, pure avendo carattere inderogabile, è destinata a cedere di fronte all'esclusività del foro del consumatore, in quanto una diversa interpretazione si porrebbe in contrasto sia con l'art. 4 della direttiva del Consiglio 1993/13/CEE, come modificata dalla direttiva 2011/83 UE, sia con l'art. 54, comma 4, lett. d), della legge n. 69 del 2009 che, nel conferire al governo la delega legislativa per la semplificazione di alcuni riti, tra cui quello dell'opposizione ad ingiunzione fiscale, ha voluto che fossero tenute ferme le disposizioni processuali contenute nel codice del consumo (**Sez. 6 - 3, n. 14475/2019, Iannello, Rv. 654223 - 01**).

Infine, sempre in tema di foro del consumatore, **Sez. 6 - 2, n. 13472/2019, Fortunato, Rv. 654051 - 01** ha affermato che in caso di mutamento del rito *ex* art. 4 del d.lgs. n. 150 del 2011, restano ferme le preclusioni già verificatesi secondo le norme del rito prescelto e, pertanto, l'incompetenza per materia, per valore o per territorio inderogabile non può essere rilevata d'ufficio nella prima udienza successiva a detto mutamento, posto che tale meccanismo non comporta una regressione del processo ad una fase anteriore a quella già svoltasi, ma serve esclusivamente a consentire alle parti di adeguare le difese alle regole del rito da seguire.

Nella fattispecie, la Corte, ha escluso che, a fronte del mutamento di rito *ex art.* 4 cit., disposto in ordine ad un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in materia di onorari di avvocato introdotto con citazione, sia possibile sollevare d'ufficio, nella prima udienza successiva a detto mutamento, la questione dell'incompetenza territoriale inderogabile - nella specie, in relazione al foro del consumatore - dovendosi ritenere la "prima udienza", rilevante ai fini dell'art. 38, comma 3, c.p.c., esaurita con il provvedimento di mutamento del rito.

8. Profili processuali.

Un importante arresto della Corte di cassazione (**Sez. 1, n. 31937/2019, Scotti, Rv. 656126 – 01 e Rv. 656126 – 02**) si registra in tema di controversie in materia di proprietà industriale.

Il giudizio era stato promosso da un dipendente Telecom il quale aveva sostenuto di avere creato un modello industriale volto a potenziare la rete GSM ottenendo, nel 2010, alcuni brevetti.

Alla domanda di riconoscimento dei diritti conseguenti all'utilizzazione dei predetti modelli ed a quella subordinata di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale di Telecom in vista dell'equo premio *ex art.* 64 d.lgs. n. 30 del 2005, l'azienda aveva resistito proponendo, a sua volta, domanda riconvenzionale di riconoscimento della titolarità dei diritti oggetto di causa o di declaratoria di nullità dei brevetti in quanto privi dei requisiti di novità ed altezza inventiva.

I giudici di merito avevano respinto tutte le domande ad eccezione di quelle di Telecom volte alla declaratoria di nullità dei brevetti.

La decisione merita di essere segnalata su due profili di natura processuale.

In primo luogo assume rilievo l'interpretazione dell'art. 122, comma 6 d.lgs. n. 30 del 2005, modificato dall'art. 19, comma 3, lett. b), della l. n. 99 del 2009 il quale prescrive che una copia dell'atto introduttivo di ogni giudizio civile in materia di titoli di proprietà industriale debba essere comunicata all'Ufficio italiano brevetti e marchi, a cura di chi promuove il giudizio.

La disposizione è stata interpretata nel senso che essa attiene a qualsiasi procedimento in materia di titoli di proprietà industriale e non solo agli atti introduttivi dei giudizi che possano condurre alla declaratoria di nullità del marchio o del brevetto.

Essa si applica anche nel caso di proposizione di domanda riconvenzionale e non impone che debba essere provata la ricezione della comunicazione da parte dell'Ufficio italiano brevetti e marchi, la cui necessità può essere comunque desunta in via interpretativa dalla natura recettizia dell'atto.

La Corte ha precisato che, per l'adempimento in esame e la relativa prova, “non operano le ordinarie preclusioni istruttorie come dimostra in modo lampante il comma 7 dello stesso articolo, che prevede che ove alla comunicazione anzidetta non si sia provveduto, l'autorità giudiziaria, in qualunque grado del giudizio, prima di decidere nel merito, deve disporre che tale comunicazione venga effettuata”.

Ha quindi precisato che la prova del ricevimento della comunicazione può essere data con la memoria conclusionale di primo grado ed anche nel giudizio di appello e che, laddove manchi, possa essere prescritto il relativo adempimento in ogni stato e grado del processo.

In altro passaggio della motivazione la Corte ha ritenuto ammissibile la contestazione da parte del datore di lavoro mediante domanda riconvenzionale della validità del brevetto ottenuto dal lavoratore non violando tale ammissibilità la disposizione di cui all'art. 78, ultimo comma, r.d. n. 1127 del 1939 e l'art. 122, comma 1, d.lgs. n. 30 del 2005, che stabiliscono che l'azione di nullità del brevetto sia esercitata in contraddittorio di tutti coloro che risultano annotati nel registro dei brevetti quali aventi diritto sul brevetto.

I titolari del brevetto, quindi, sono contraddittori, e non vi sono ostacoli alla proposizione di una domanda riconvenzionale da parte del datore di lavoro volta alla declaratoria di nullità del brevetto registrato dal lavoratore.

La Corte ha operato una sorta di puntualizzazione e concreta applicazione di quanto già deciso da Sez. 1, n. 27500/2017, De Chiara, Rv. 646336 – 01, ove si era affermato che in caso di invenzione di azienda *ex* art. 23, comma 2, del r.d. n. 1127 del 1939, il diritto del lavoratore all'equo premio ed il connesso obbligo datoriale di corrisponderlo sorgono solo con il conseguimento del brevetto, giacché è in virtù della brevettazione che, ai sensi dell'art. 4 del richiamato r.d., i diritti derivanti dall'invenzione sono conferiti al datore di lavoro; a quest'ultimo rimane, peraltro, preclusa la legittimazione a contestare, tanto in via d'eccezione, quanto in via d'azione, la nullità del brevetto, posto che, nel relativo giudizio, l'art. 78, ult. comma, del r.d. in parola (come pure l'art. 122, comma 1, del d.lgs. n. 30 del 2005, cd. Codice della proprietà industriale, che lo ha sostituito), facendo applicazione del generale divieto di “*venire contra factum proprium*”, contempla quali meri contraddittori, non già quali attori, coloro che, fattane richiesta e ottenutone il rilascio, siano divenuti titolari del brevetto.

CAPITOLO XIV

IL DIRITTO DELLE SOCIETÀ

(DI ELEONORA REGGIANI)

Sommario: 1. Le società in generale – 1.1. Società ed esercizio dell'azienda ereditaria – 1.2. *Affectio societatis* e *affectio familiaris* – 1.3. Intestazione fiduciaria e donazione indiretta delle partecipazioni sociali – 1.4. La simulazione del contratto di società – 1.5. Il gruppo societario – 1.6. La clausola compromissoria statutaria – 1.7. Le vicende modificative ed estintive della società – 2. Le società di persone – 2.1. L'esercizio dei poteri di rappresentanza – 2.2. Il titolo giudiziale ottenuto nei confronti della società – 3. Le società di capitali – 3.1. L'acquisto e il trasferimento delle partecipazioni societarie – 3.2. Il recesso e la perdita della qualità di socio – 3.3. Il pegno delle quote di s.r.l. – 3.4. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo dei soci – 3.5. Diritti e poteri connessi alla qualità di socio – 3.6. Le deliberazioni dell'assemblea – 3.7. Gli amministratori – 3.8. Il revisore contabile – 3.9. Il liquidatore – 3.10. Le azioni di responsabilità – 4. Particolari società di capitali – 4.1. Le società cooperative.

1. Le società in generale.

Nel corso del 2019 la S.C. ha adottato alcune pronunce che hanno interessato in generale la materia, segnatamente esaminando le differenze della società rispetto alla comunione d'azienda, la validità e gli effetti di alcuni patti, il fenomeno del gruppo di imprese e le vicende modificative ed estintive delle società.

Vengono di seguito riportate le decisioni appena menzionate, unitamente a quelle adottate sulle medesime questioni, o su questioni connesse, ma riferite alle particolari tipologie di società, in modo tale da esaltare, insieme agli aspetti comuni, anche quelli propri di ciascuna categoria, ove esistenti.

1.1. Società ed esercizio dell'azienda ereditaria.

Si deve in proposito menzionare **Sez. 2, n. 10188/2019, Felice Manna, Rv. 653493-01**, ove la S.C. ha evidenziato che l'azienda ereditaria deve ritenersi oggetto di comunione se tra gli eredi vi è la finalità del solo godimento comune, secondo la sua consistenza al momento dell'apertura della successione. Se invece tale azienda viene esercitata per finalità speculative, con nuovi conferimenti e in vista di ulteriori utili, la Corte ha rilevato che vi è esercizio d'impresa, la quale può avvenire da parte di tutti i coeredi oppure di uno (o alcuni) di essi. Nel primo caso, l'originaria comunione incidentale si trasforma in una società (sia pure irregolare o di fatto), mentre nel secondo caso la comunione incidentale è limitata all'azienda, così come relitta dal *de cuius*, con gli elementi esistenti all'apertura della successione, e l'impresa esercitata dal singolo (o da alcuni dei coeredi) è riferibile soltanto ad esso (o ad essi), con gli utili e le perdite ad essa relativi (la fattispecie ha riguardato un'azienda farmaceutica, entrata in comunione ereditaria, ma esercitata da uno solo dei coeredi,

che l'aveva ottenuta in virtù di atto dichiarato nullo, con la conseguenza che, a fini divisionali, si è dovuto tenere conto della sua consistenza al tempo dell'apertura della successione, non essendo comuni le spese, gli incrementi e i decrementi, riconducibili al solo imprenditore che aveva esercitato l'azienda).

Nei medesimi termini si è peraltro già pronunciata Sez. 2, n. 01366/1975, Bologna, Rv. 374900-01.

Particolare rilievo assume, poi, Sez. 2, n. 03028/2009, Mazzacane, Rv. 606476-01, ove la S.C. ha precisato che, nel caso in cui oggetto della comunione sia un'azienda, ove il godimento di questa si realizzi mediante il diretto sfruttamento della medesima da parte dei partecipanti alla comunione, non è configurabile una comunione di godimento, ma l'esercizio di un'impresa collettiva (nella forma della società regolare oppure della società irregolare o di fatto), non ostandovi il disposto dell'art. 2248 c.c., che assoggetta alle norme degli artt. 1100 e ss. c.c. la comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento, posto che l'elemento discriminante tra comunione a scopo di godimento e società è costituito dal fine lucrativo perseguito tramite un'attività imprenditoriale, che si sostituisce al mero godimento, in funzione della quale vengono utilizzati beni comuni (nello stesso senso, Sez. L, n. 13291/1999, Evangelista, Rv. 531591-01).

1.2. *Affectio societatis e affectio familiaris.*

La S.C. si è interessata dell'argomento ai fini dell'estensione del fallimento ai familiari dell'imprenditore insolvente.

In particolare, **Sez. 1, n. 27541/2019, Genovese, Rv. 655773-01**, ha rilevato che l'esistenza del contratto sociale può essere desunta, oltre che da prove dirette specificamente riguardanti i suoi requisiti (*affectio societatis*, costituzione di un fondo comune, partecipazione agli utili ed alle perdite), anche da manifestazioni esteriori che, pur giustificabili alla luce del rapporto di coniugio o di parentela, siano rivelatrici, per il loro carattere di sistematicità e concludenza, delle componenti del rapporto societario, tra le quali particolare rilievo assumono i rapporti di finanziamento e di garanzia, qualora siano riconducibili ad una costante opera di sostegno dell'attività dell'impresa per il raggiungimento degli scopi sociali (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che, sulla base delle sole prove testimoniali raccolte tra i dipendenti, aveva negato l'esistenza di una società di fatto, sebbene il coniuge e il figlio dell'imprenditore avessero sostenuto in modo continuativo l'attività di impresa, mediante il rilascio sistematico di fideiussioni, garanzie ipotecarie e finanziamenti, incassando anche assegni e utilizzando altre forme di liquidità dell'impresa).

Analogamente **Sez. 1, n. 33230/2019, Falabella, Rv. 656578 - 01**, ha rilevato che la mancanza della prova scritta del contratto di società (che non è richiesta ai fini

della validità dell'accordo) non impedisce al giudice del merito di accertare, anche mediante presunzioni semplici, l'esistenza di una struttura societaria, all'esito di una rigorosa valutazione (quanto ai rapporti tra soci) del complesso delle circostanze idonee a rivelare l'esercizio in comune di un'attività imprenditoriale, aggiungendo tuttavia che, quando si tratta di società di fatto tra consanguinei, la prova della esteriorizzazione del vincolo societario deve comunque essere rigorosa, occorrendo che essa si basi su elementi e circostanze concludenti, tali da escludere che l'intervento del familiare possa essere motivato dalla *affectio familiaris* e deporre, invece, nel senso di una sua compartecipazione all'attività commerciale.

1.3. Intestazione fiduciaria e donazione indiretta delle partecipazioni sociali.

Si deve in proposito richiamare **Sez. 6-1, n. 22903/2019, Mercolino, Rv. 655416-01**, ove la S.C. ha ribadito che l'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali, pur prevedendo l'obbligo del fiduciario di trasferirle successivamente al fiduciante, non riguarda il rapporto sociale, originando un'ipotesi di interposizione reale di persona, in virtù della quale l'interposto acquista la titolarità delle azioni o delle quote e, sebbene sia tenuto ad osservare un determinato comportamento convenuto in precedenza con il fiduciante nei rapporti interni con lui, tale obbligo, pur potendo incidere sulle concrete modalità di esercizio dei diritti sociali e di adempimento dei correlati doveri, non comporta alcun effetto nei rapporti con la società o gli altri soci, nei confronti dei quali viene in considerazione esclusivamente la titolarità formale della partecipazione (nella specie, la Corte ha escluso l'applicabilità della clausola compromissoria, prevista per il caso di insorgenza di controversie tra la società ed i soci o tra questi ultimi, per essere la lite attinente al rapporto interno tra il fiduciario, intestatario delle partecipazioni, ed il fiduciante).

Si deve tuttavia tenere presente che **Sez. 2, n. 32108/2019, Carbone, Rv. 656210 - 01**, ha affermato che il *pactum fiduciae* esige la forma scritta *ad substantiam* tutte le volte in cui comporti il trasferimento, sia pure indiretto, di un bene immobile, richiedendo perciò la forma scritta anche al patto fiduciario comportante il trasferimento indiretto di un immobile attraverso l'intestazione della quota di partecipazione alla società proprietaria del bene.

Sempre in tema di negozi indiretti riguardanti le partecipazioni sociali, **Sez. 1, n. 20888/2019, Nazzicone, Rv. 655290-02**, in un caso di dazione di denaro per l'acquisto della partecipazione sociale in sede di costituzione della società, ha evidenziato che non ricorre la simulazione relativa dell'atto di acquisto, dissimulante una donazione nulla in mancanza della forma pubblica, potendo piuttosto ricorrere un'ipotesi di donazione indiretta della partecipazione, che, come tale, non esige

requisiti formali, tenuto conto che, nella donazione indiretta, la liberalità si opera, anziché attraverso il negozio tipico di donazione, mediante il compimento di un atto che, pur conservando la forma e la causa ad esso propria, realizza in via mediata l'effetto dell'arricchimento del destinatario, sicché l'intenzione di donare non emerge in via diretta dall'atto utilizzato bensì, in via indiretta, dall'esame delle circostanze del caso concreto.

1.4. La simulazione del contratto di società.

Con riferimento alla simulazione oggettiva, **Sez. 1, n. 20888/2019, Nazzicone, Rv. 655290-01**, ha evidenziato che non è configurabile la simulazione assoluta dell'atto costitutivo di una società di capitali, iscritta nel registro delle imprese, in ragione della natura stessa del contratto sociale, che non è solo regolatore degli interessi dei soci, ma si atteggia, al contempo, come norma programmatica dell'agire sociale, destinata ad interferire con gli interessi dei terzi, donde l'irrilevanza, dopo l'iscrizione della società nel registro delle imprese e la nascita del nuovo soggetto giuridico, della reale volontà dei contraenti manifestata nella fase negoziale. Tale fondamento, espressione del valore organizzativo dell'ente, è, per la Corte, sotteso all'art. 2332 c.c., e impone una lettura restrittiva dei casi di nullità della società da essi previsti, in nessuno dei quali è riconducibile la simulazione.

Negli stessi termini, **Sez. 6-5, n. 29700/2019, Dell'Orfano, Rv. 656118-01**, ha ribadito che, in tema di società di capitali, non è configurabile la simulazione del contratto sociale, sia in ragione delle inderogabili formalità che assistono la creazione (e l'organizzazione) dell'ente, sia in relazione alla tassatività delle cause di nullità previste dall'art. 2332 c.c. (nel testo modificato in attuazione della direttiva n. 68/151/CE), la cui clausola di chiusura esclude, al di fuori dei casi previsti, l'assoggettamento della società a cause di nullità assoluta o relativa, d'inesistenza o d'annullabilità. Secondo la S.C., la reale volontà dei contraenti, dopo la nascita dell'ente, non può influire su atti ed iniziative tipiche di tale nuovo autonomo soggetto giuridico che, una volta iscritto nel registro delle imprese, agisce coinvolgendo terzi e vive di vita propria, ponendo in essere la propria attività per realizzare lo scopo sociale, a prescindere dall'intento preordinato dei suoi fondatori. Di conseguenza, l'atto di costituzione dell'ente non può essere interpretato secondo la comune intenzione dei contraenti, restando consacrato secondo la volontà che risulta iscritta e, in tal modo, portata a conoscenza dei terzi.

Tali principi si pongono in continuità con quanto già affermato dal giudice di legittimità, sempre in relazione alle società di capitali (v., in tal senso, Sez. 1, n. 22560/2015, Cristiano, Rv. 637675-01 e Sez. 1, n. 30020/2011, Cultrera, Rv. 620961-01).

1.5. Il gruppo societario.

Anche nell'anno in rassegna, la S.C. si è interessata del gruppo societario, prestando attenzione, non solo alla responsabilità disciplinata dall'art. 2497 c.c., ma anche alla posizione e all'operato degli amministratori delle società partecipi del gruppo.

In particolare, ai fini della configurabilità della responsabilità da attività di direzione e coordinamento, **Sez. 1, n. 24943/2019, Terrusi, Rv. 655621-01**, ha evidenziato che per ritenere esistente un gruppo societario è certamente necessaria la presenza di più società, ma le formalità attinenti alla loro costituzione, come pure l'iscrizione presso l'apposita sezione del Registro delle imprese e le altre forme di pubblicità previste dall'art. 2497 *bis* c.c., non hanno efficacia costitutiva, non essendo neppure necessario che le società unitariamente controllate operino simultaneamente. Ciò che prevale è, invece, il principio di effettività, in virtù del quale assume rilievo la situazione di fatto esistente al momento dell'inizio, dello svolgimento e della cessazione dell'attività del gruppo (nella specie, la S.C. ha ritenuto irrilevante la circostanza che una delle società controllate, quella asseritamente danneggiata dall'attività di direzione e coordinamento, fosse fallita pochi mesi prima della costituzione di un'altra società controllata, avvantaggiata dalla prospettata scorretta gestione, posta in essere dalla *holding* familiare di fatto, composta dai soci delle società controllate).

Con riferimento alla revoca degli amministratori delle società controllate, in una interessante pronuncia, la Corte (**Sez. 1, n. 18182/2019, Nazzicone, Rv. 654547-02**) ha rilevato che, in questi casi, la giusta causa di revoca non può ritenersi integrata dalla mera ricorrenza di esigenze di auto-organizzazione della struttura societaria, quale è la decisione della capogruppo di trasferire le azioni della controllata ad altra società del gruppo, non motivata da circostanze o fatti idonei ad influire negativamente sulla prosecuzione del rapporto e ad elidere l'affidamento inizialmente riposto sulle attitudini e capacità dell'amministratore (cfr. in tal senso già Sez. 1, n. 21342/2013, Di Amato, Rv. 627848-01).

Nella stessa decisione (**Sez. 1, n. 18182/2019, Nazzicone, Rv. 654547-01**), la Corte ha anche affermato che, ai sensi dell'art. 2697 c.c., spetta alla società dimostrare il venir meno del diritto al risarcimento del danno, richiesto dall'amministratore anticipatamente revocato, anche nell'ipotesi in cui il patto di pagamento di una "indennità" sia stato convenzionalmente assunto dalla capogruppo, che allegghi l'insussistenza del suo obbligo in ragione della cessione della società controllata ad altra, costituente un diverso aggregato di interessi economici (negli stessi termini, con riferimento al riparto dell'onere della prova, cfr. da ultimo Sez. 1, n. 02037/2018, Nazzicone, Rv. 647624-01).

In tema di contratti stipulati tra società dello stesso gruppo, **Sez. 1, n. 10103/2019, Fidanzia, Rv. 656476 - 01**, ha ritenuto che, in caso di fideiussione prestata da una società in favore di un'altra, entrambe rappresentate dalla stessa persona in qualità di amministratore, l'esistenza del conflitto di interessi non può essere esclusa in base ad una mera petizione di principio, in ragione dell'appartenenza delle due società ad un unico gruppo, spettando al creditore che voglia giovare della garanzia dimostrare che quest'ultima è strumentale alla conservazione del valore della partecipazione della garante nel capitale della garantita, soprattutto quando vi siano fondati elementi per ritenere che la fideiussione non esprima l'interesse strategico del gruppo, ma la finalità di privilegiare, in via esclusiva, gli interessi della garantita, riducendo la garante ad un ruolo meramente servente.

In motivazione, la pronuncia da ultimo menzionata ha richiamato l'orientamento della Corte, secondo il quale il conflitto di interessi non può essere ritenuto esistente per il solo fatto che sia prestata fideiussione da una società in favore di un'altra, amministrata dalla stessa persona fisica, dovendo effettuarsi un accertamento in concreto, all'esito del quale il conflitto va escluso nei casi di società appartenenti allo stesso gruppo, ove la prestazione della garanzia corrisponda anche a un interesse della società garante (cfr. Sez. 1, n. 29475/2017, Ceniccola, Rv. 646314-01 e Sez. 1, n. 24547/2016, Cristiano, Rv. 642662-01). Ha tuttavia posto l'accento sul fatto che l'appartenenza al medesimo gruppo non è di per sé sufficiente ad escludere il conflitto, dovendo emergere lo specifico interesse della garante a prestare la fideiussione, nella specie ritenuto non provato, emergendo, anzi, elementi che deponevano in senso contrario, quali la manifesta sproporzione tra l'ammontare della fideiussione e il capitale sociale della garante ed anche il diverso settore operativo di quest'ultima rispetto a quello del gruppo.

1.6. La clausola compromissoria statutaria.

In argomento, **Sez. 6-1, n. 15697/2019, Nazzicone, Rv. 654630-01**, ha affermato che la clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società, la quale preveda la devoluzione ad arbitri delle controversie connesse al contratto sociale, deve ritenersi estesa alla controversia riguardante il recesso del socio dalla società, alla domanda di accertamento dell'inadempimento dell'amministratore agli obblighi di comunicazione ai soci accomandanti del bilancio e del conto dei profitti e perdite, ai sensi dell'art. 2320, comma 3, c.c., e alla connessa domanda di condanna dell'amministratore al risarcimento del danno *ex art.* 2395 c.c., rientrando i correlativi diritti nella disponibilità del socio che se ne vanti titolare. **Sez. 1, n. 14665/2019, Lamorgese, Rv. 653914-01**, ha invece ritenuto non compromettibile in arbitri la controversia avente ad oggetto l'impugnazione della deliberazione di riduzione del

capitale sociale al di sotto del limite legale di cui all'art. 2447 c.c., per violazione delle norme sulla redazione della situazione patrimoniale *ex* art. 2446 c.c., vertendo tale controversia, al pari dell'impugnativa della delibera di approvazione del bilancio per difetto dei requisiti di verità, chiarezza e precisione, su diritti indisponibili, tenuto conto che le regole dettate dagli artt. 2446 e 2447 c.c. sono strumentali alla tutela non solo degli interessi dei soci ma anche di quelli dei terzi (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale la Corte di appello aveva ritenuto che la finalità perseguita dall'art. 2446 c.c. fosse differente rispetto a quella sottesa alle norme sulla redazione del bilancio, mirando unicamente a consentire ai soci di conoscere la situazione finanziaria della società, al fine di deliberare consapevolmente).

Con riferimento, infine, all'impugnazione della decisione arbitrale, **Sez. 1, n. 13842/2019, Terrusi, Rv. 654259-01**, ha chiarito che, in caso di clausola compromissoria inserita nello statuto prima della novella di cui al d.lgs. n. 40 del 2006, è ammessa l'impugnazione del lodo per *errores in iudicando* anche ove, per decidere, gli arbitri abbiano conosciuto di questioni compromettibili in un giudizio non concernente l'invalidità di delibere assembleari, poiché il riferimento contenuto nell'art. 36 del d.lgs. n. 5 del 2003 all'art. 829 c.p.c., va sì correlato al nuovo comma 3 di quest'ultima disposizione (così come modificato dal menzionato d.lgs. n. 40 del 2006), ma pur sempre implica che, per stabilire se l'impugnazione sia ammessa dalla legge, si abbia riguardo alla legge vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato.

1.7. Le vicende modificative ed estintive delle società.

Numerose sono state le pronunce della Corte di cassazione in tema di fusione e scissione di società nel corso dell'anno 2019.

Si deve prima di tutto richiamare **Sez. 1, n. 31654/2019, Scotti, Rv. 656478 - 02**, ove la Corte ha evidenziato che la previsione dell'art. 2504 *quater* c.c. – secondo la quale una volta eseguite le iscrizioni di cui all'art. 2504, comma 2, c.c., in assenza delle opposizioni dei creditori, non può più essere pronunciata l'invalidità della fusione o della scissione (in virtù del rinvio operato dall'art. 2506 *ter* c.c.) – non comporta l'impossibilità di esperire l'azione revocatoria *ex* art. 2901 c.c., perché quest'ultima non è volta a far valere alcuna invalidità, ma solo l'inefficacia relativa dell'atto revocato, rendendolo inopponibile al creditore pregiudicato. In questo modo, la Corte ha escluso che l'opposizione *ex* art. 2503 c.c. debba essere considerata un rimedio sostitutivo e necessario, ritenendola piuttosto uno strumento aggiuntivo, che non esclude la possibilità di esperire l'azione revocatoria, in presenza dei presupposti di legge.

Con specifico riferimento alla fusione per incorporazione **Sez. 3, n. 32142/2019, Gorgoni, Rv. 656569 - 03**, ha ribadito quanto più volte affermato dalla S.C., evidenziando che, per effetto del novellato art. 2504 *bis* c.c. (nel testo modificato dal d.lgs. n. 6 del 2003), non si determina l'estinzione della società incorporata e la creazione di un nuovo soggetto giuridico, ma si attua l'unificazione, mediante l'integrazione reciproca, delle società partecipanti alla fusione.

Proprio perché l'art. 2501 c.c. nulla prevede in termini di estinzione della società incorporata, la Corte di cassazione ha ritenuto che la società incorporante, in quanto centro unitario di imputazione dei rapporti preesistenti, cioè di tutte le posizioni attive e passive già facenti capo all'incorporata, abbia anche la legittimazione attiva e passiva della prima come soggetto che prosegue l'attività della seconda. Più in particolare, la medesima Corte ha escluso una alterità soggettiva tra la società incorporata e quella risultante dalla fusione, risolvendosi quest'ultima in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo, potendo la relazione tra le stesse essere ricostruita in termini di integrazione reciproca, tenuto conto che i singoli rapporti si integrano nel patrimonio unificato e conservano il loro nesso di derivazione dalla fonte originaria, verificandosi una variazione soggettiva meramente formale, che non estingue un soggetto e correlativamente non ne crea uno nuovo.

La stessa Corte ha così precisato che non costituisce alcun ostacolo a tale ricostruzione la cancellazione dal registro delle imprese della società incorporata, perché tale cancellazione è diversa da quella risultante dalla cessazione o dal completamento delle attività di liquidazione, in base alla considerazione che nell'incorporazione per fusione, la società incorporante, già prima della novella del 2003, partecipando essa stessa alla fusione, non è mai totalmente distinta dalla parte già costituita, onde quel tipo di operazione dipende interamente dalla volontà degli stessi organi delle due società che ne sono protagoniste, ivi compresa l'incorporante, che è destinata a subentrare nella posizione processuale dell'incorporata.

In tale ottica, **Sez. 5, n. 04042/2019, Catallozzi, Rv. 652527-01**, nel confermare che l'art. 2504 *bis* c.c. (nel testo modificato dal d.lgs. n. 6 del 2003) risolve la fusione in una vicenda non estintiva, ma evolutivo-modificativa, che comporta un mutamento formale di un'organizzazione societaria già esistente, e non la creazione di un nuovo ente distinto dal vecchio, ha ritenuto ammissibile l'appello proposto nei confronti della società incorporata, affermando che, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, quest'ultima sopravvive in tutti i suoi rapporti, anche processuali, alla vicenda modificativa nella società incorporante.

Non si è mostrata concorde su quest'ultimo aspetto **Sez. 5, n. 32208/2019, D'Orazio, Rv. 656108-01**, ove la Corte, nell'affermare che l'art. 2504 *bis* c.c. (come modificato dall'art. 6 del d.lgs. n. 6 del 2003) plasma una vicenda meramente

modificativa-evolutiva della medesima compagine societaria, la quale, nei rapporti processuali, conferisce la legittimazione attiva e passiva alla società incorporante lasciando immutata analoga legittimazione attiva e passiva alla società incorporata, ha aggiunto che, quando la società incorporata viene cancellata dal registro delle imprese, interviene l'estinzione di quest'ultima e pertanto viene meno anche la sua legittimazione processuale.

Si discosta da entrambe le pronunce appena riportate **Sez. 5, n. 14177/2019, Nonno, Rv. 654121-01**. La Corte ha, in questa pronuncia, ritenuto che, in ipotesi di fusione per incorporazione *ex* art. 2504 *bis* c.c. (sempre nel testo risultante dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 6 del 2003) intervenuta in corso di causa, la legittimazione attiva e passiva all'impugnazione spetta alla sola società incorporante cui sono stati trasferiti i diritti e gli obblighi della società incorporata e che prosegue in tutti i rapporti anteriori alla fusione, anche quelli processuali, salva la possibilità della controparte di notificare l'atto di impugnazione nei confronti di quest'ultima, nel caso in cui, nonostante l'iscrizione nel registro delle imprese, non fosse a conoscenza della intervenuta fusione.

Non è in contrasto con le pronunce appena richiamate **Sez. 1, n. 29256/2019, Vella, Rv. 656041-01**, che, esaminando una fattispecie disciplinata dalle norme previgenti al d.lgs. n. 6 del 2003 (si è trattato infatti di fusione effettuata prima dell'entrata in vigore del d.lgs. cit.), ha affermato, conformemente all'orientamento che si era consolidato nell'interpretazione delle disposizioni dell'epoca, che la fusione di società realizza una successione universale corrispondente a quella *mortis causa* e produce gli effetti, tra loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo a questa dell'incorporante, la quale rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti fusi o incorporati, ritenendo pertanto che, nel caso di revocatoria fallimentare, al di là del letterale riferimento dell'art. 2504 *bis* c.c. (anche nel testo previgente) ai diritti ed agli obblighi, la sostituzione riguarda anche le situazioni di scienza giuridicamente rilevanti, ivi compresa l'eventuale conoscenza dello stato di insolvenza del soggetto incorporato che ha effettuato un pagamento nel periodo sospetto.

Anche per quanto riguarda la scissione societaria, la giurisprudenza di questa Corte (Sez. U, n. 23225/2016, Chiarini, Rv. 641764-01) ha da tempo chiarito che tale operazione, disciplinata dagli artt. 2506 e ss. c.c., come modificati dal d.lgs n. 6 del 2003, consiste nel trasferimento del patrimonio ad una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, contro l'assegnazione di azioni o di quote delle stesse ai soci della società scissa, e produce effetti traslativi, che, sul piano processuale, non determinano l'estinzione di quest'ultima ed il subingresso di quella o di quelle risultanti dalla scissione nella totalità dei rapporti giuridici della prima ma una

successione a titolo particolare nel diritto controverso, la quale, se interviene nel corso del giudizio, comporta l'applicazione della disciplina di cui all'art. 111 c.p.c., con conseguente facoltà per il successore di resistere con controricorso all'impugnazione *ex adverso* proposta davanti al giudice di legittimità nei confronti del suo dante causa, pur quando non abbia partecipato al processo nei gradi precedenti.

In conformità a tale ricostruzione giuridica, **Sez. 6-2, n. 13192/2019, Oricchio, Rv. 653851-01**, ha affermato che la società nata dalla scissione subentra nel preesistente rapporto contrattuale facente capo a quella scissa, in virtù di una successione a titolo particolare nel diritto controverso, con la conseguenza che la clausola compromissoria per arbitrato rituale in origine pattuita rimane efficace.

Guardando agli effetti della scissione, **Sez. 5, n. 16710/2019, Stalla, Rv. 654508-01**, ha rilevato che la società beneficiaria è solidalmente responsabile per i debiti erariali della società scissa relativi a periodi d'imposta anteriori alla data dalla quale l'operazione produce effetti, e può essere richiesta del pagamento di tali debiti senza oneri di avvisi o altri adempimenti da parte dell'Amministrazione finanziaria, non pregiudicando tale disciplina il diritto di difesa della società beneficiaria, la quale è a conoscenza della situazione debitoria della società scissa, ivi comprese le pendenze tributarie, e può dedurre, in sede di opposizione alla cartella, ogni argomentazione per contestare la pretesa impositiva.

In tema di cancellazione della società, la Corte nell'anno in rassegna ha confermato alcuni orientamenti già espressi in precedenza.

Si ritiene che, a parte le ipotesi eccezionali sopra evidenziate, in applicazione dell'art. 2495 c.c., alla cancellazione dal registro delle imprese segue l'estinzione delle società, siano esse di persone o di capitali.

Qualora, tuttavia, all'estinzione non corrisponda il venir meno di ogni rapporto giuridico facente capo alla società estinta, **Sez. 5, n. 13386/2019, Rv. 653738-01**, ha ribadito che si determina un fenomeno di tipo successorio, in virtù del quale l'obbligazione della società non si estingue, ma si trasferisce ai soci, i quali ne rispondono, nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali, cui sono soggetti *pendente societate* (nella specie, la S.C. ha escluso che l'estinzione della società comportasse la nullità degli avvisi di accertamento sia nei confronti della società che dei soci).

Tale principio è stato confermato da **Sez. 1, n. 31933/2019, Marulli, non massimata**, che, con riferimento alle società di capitali, ha pure precisato, e questo è l'aspetto importante, che comunque è necessaria l'acquisizione di beni o di denaro in sede di liquidazione della società da parte del socio, la quale deve essere dimostrata da colui che fa valere in giudizio il proprio diritto nei confronti di quest'ultimo, nel senso che grava sul creditore insoddisfatto l'onere di provare la distribuzione

dell'attivo e la riscossione di una quota di esso da parte del socio, evidenziando inoltre che tali circostanze attengono, non alla verifica della legittimazione passiva dell'*ex* socio ma, semmai, dell'interesse ad agire del creditore.

In tale quadro, **Sez. 5, n. 17986/2019, D'Orazio, Rv. 654749-02**, ha ritenuto che, nel processo tributario, la prosecuzione del giudizio da parte degli eredi dell'unico socio deceduto, dopo la cancellazione della società del registro delle imprese con conseguente estinzione della stessa, poiché comporta l'implicita rinuncia del diritto a ricevere un autonomo avviso di accertamento *ex* art. 36, comma 5, d.P.R. n. 602 del 1973, fa presumere l'avvenuta distribuzione in loro favore di parte dell'attivo ricavato dalla liquidazione volontaria dei beni.

Nel medesimo senso, **Sez. 3, n. 13593/2019, Di Florio, Rv. 654200-02**, ha affermato che, in caso di esperimento di azione revocatoria, il creditore che agisca in giudizio evocando, come litisconsorti necessari, la società debitrice alienante e quella acquirente, ha diritto ad integrare il contraddittorio nei confronti dei soci di quest'ultima, al fine di conseguire un titolo esecutivo per un credito insorto *pendente societate*, anche dopo l'estinzione di quest'ultima, ove il contraddittorio sia stato instaurato correttamente nei confronti di entrambe le società ma quella alienante si sia estinta con cancellazione dal registro delle imprese anche in data antecedente alla notifica dell'atto di citazione. I soci, difatti, succedono alla società estinta e assumono la veste di legittimati passivi, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti nel corso dell'attività e nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione od illimitatamente, sicché il giudice, ove verifichi l'estinzione di una delle società litisconsorti, è tenuto, in ogni stato e grado del giudizio, a fissare un termine per la corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti dei soci.

Allo stesso modo, con riferimento ai crediti della società, **Sez. 1, n. 13921/2019, Iofrida, Rv. 654262-01**, ha affermato che l'estinzione della società per effetto dell'obbligatoria cancellazione dal registro delle imprese, ai sensi dell'art. 118, comma 1, n. 4, l.fall., a seguito di chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo, determina il trasferimento degli eventuali crediti residui, che non siano stati realizzati dal curatore fallimentare, ai soci in regime di contitolarità o comunione indivisa, salvo che il mancato espletamento dell'attività di recupero consenta di ritenere che la società vi abbia già rinunciato prima dell'apertura della procedura concorsuale (nell'affermare il principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, che aveva dichiarato il difetto di legittimazione attiva dei soci della società estinta, poiché l'esistenza del credito litigioso non era stata portata a conoscenza della curatela e pertanto doveva ritenersi che esso fosse stato già tacitamente rinunciato dalla creditrice).

In generale, con riferimento ai giudizi pendenti al momento dell'estinzione della società, **Sez. 5, n. 15637/2019, Fuochi Tinarelli, Rv. 654156-01**, in linea con alcuni

precedenti (Sez. 1, n. 17492/2018, Fraulini, Rv. 649892-01) ha affermato che gli *ex* soci di società di capitali estinta sono legittimati a partecipare al giudizio, relativo ai rapporti facenti capo alla società di capitali estinta ed ancora pendenti, precisando che, qualora si tratti di un debito, la successione interessa tutti i soci esistenti al momento della cancellazione, sussistendo un litisconsorzio di natura processuale degli stessi, ciascuno in qualità di successore della società nei limiti della quota di partecipazione, mentre, qualora si tratti di un credito, pur rimanendo immutato il meccanismo successorio, la mancata liquidazione comporta soltanto l'instaurazione di un regime di contitolarità o di comunione indivisa, che esclude il litisconsorzio (nella specie, la S.C. ha accolto, nel merito, l'originario ricorso del contribuente che, quale *ex* socio, aveva agito per il rimborso del credito IVA, non iscritto nel bilancio finale di liquidazione).

2. Le società di persone.

Vengono di seguito riportate le poche decisioni adottate dalla Corte di cassazione, nel corso 2019, in tema di società di persone, che riguardano, in particolare, l'esercizio dei poteri di rappresentanza della società e gli effetti nei confronti dei soci del titolo giudiziale formatosi contro la società.

2.1. L'esercizio dei poteri di rappresentanza.

In ordine a tale questione, **Sez. 6-2, n. 29689/2019, Oliva, Rv. 656246-01**, ha chiaramente affermato che, qualora il contratto richieda la forma scritta *ad probationem*, la *contemplatio domini*, pur non richiedendo l'uso formale di formule sacramentali, deve risultare dallo stesso documento negoziale, restando irrilevante la conoscenza o l'affidamento creato nel terzo contraente circa l'esistenza del rapporto sociale interno e dei poteri di rappresentanza reciproca che essa comporta (nello stesso senso, Sez. 6-2, n. 25104/2013, Proto, Rv. 628762-01).

2.2. Il titolo giudiziale ottenuto nei confronti della società.

Com'è noto, i soci delle società di persone sono tutti solidalmente e illimitatamente responsabili dei debiti sociali (artt. 2267, 2291 e 2313, comma 1, prima parte, c.c.), ad eccezione dei soci accomandanti delle società in accomandita semplice, che rispondono nei limiti della quota conferita (2313, comma 1, seconda parte, c.c.).

Sul punto, una recente giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che i debiti assunti dalle società di persone non possono essere considerati debiti personali dei loro soci illimitatamente responsabili, perché si tratta di debiti propri della società,

nei confronti dei quali i soci illimitatamente responsabili assumono piuttosto la posizione, e il trattamento, di garanti *ex lege* (cfr. in argomento da ultimo Sez. 1, n. 06650/2018, Dolmetta, Rv. 647761-01). L'orientamento non è però consolidato. Si consideri che altra giurisprudenza ha invece affermato che la responsabilità illimitata del socio di una società di persone per le obbligazioni sociali trae origine dalla sua qualità di socio e si configura come personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale, con la conseguenza che l'atto con cui il socio illimitatamente responsabile di una società in nome collettivo rilasci garanzia ipotecaria per un debito della società non può considerarsi costitutivo di garanzia per un'obbligazione altrui ma per un'obbligazione propria (così Sez. U, n. 03022/2015, Ragonesi, Rv. 634104-01; nella stessa linea si pone da ultimo Sez. 1, n. 00279/2017, Falabella, Rv. 643246-02).

Si deve tenere presente che la responsabilità dei soci per le obbligazioni della società di persone non opera nello stesso modo per tutte le società.

In particolare, a differenza di quanto previsto per la società semplice, nelle società in nome collettivo e nelle società in accomandita semplice la previa escussione del patrimonio sociale da parte del creditore procedente non forma una eccezione del socio, che può invocare il beneficio indicando i beni sui quali il creditore può agevolmente soddisfarsi, ma rappresenta una vera condizione dell'azione promossa dal creditore, che non può pretendere il pagamento dal socio se non dopo l'escussione del patrimonio sociale (così Sez. L, n. 11921/1990, Paolucci, Rv. 470157-01).

In proposito, **Sez. 3, n. 21768/2019, Rossetti, Rv. 655030-02**, ha precisato che il creditore che sia munito di un titolo esecutivo nei confronti di una società di persone può avere interesse a dotarsi di un secondo titolo esecutivo nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, al fine di poter iscrivere ipoteca giudiziale sui beni immobili personali di questi ultimi, non potendo a tal fine avvalersi del titolo ottenuto nei confronti della società.

D'altronde, di recente Sez. 3, n. 25378/2018, Ambrosi, Rv. 651164-01, aveva già confermato un orientamento oramai consolidato, secondo il quale il beneficio d'escussione previsto dall'art. 2304 c.c. ha efficacia limitata alla fase esecutiva, nel senso che il creditore sociale non può procedere coattivamente a carico del socio se non dopo avere agito infruttuosamente sui beni della società, e pertanto non impedisce allo stesso creditore di agire in sede di cognizione, per munirsi di uno specifico titolo esecutivo nei confronti del socio, sia per poter iscrivere ipoteca giudiziale sugli immobili di quest'ultimo, sia per poter agire in via esecutiva contro il medesimo, senza ulteriori indugi, una volta che il patrimonio sociale risulti incapiente o insufficiente al soddisfacimento del suo credito (v. anche Sez. 1, n. 01040/2009, Rordorf, Rv. 606371-01 e Sez. 2, n. 28146/2013, Matera, Rv. 629195-01).

In tale ottica, **Sez. 3, n. 15877/2019, Rossetti, Rv. 654296-01**, ha ritenuto che il decreto ingiuntivo pronunciato a carico di una società di persone, e a favore di un creditore sociale, estende i suoi effetti anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, ricorrendo una situazione non diversa da quella che, ai sensi dell'art. 477 c.p.c., consente di porre in esecuzione il titolo nei confronti di soggetti diversi dal soggetto contro cui è stato formato e risolvendosi, altresì, l'imperfetta personalità giuridica della società di persone in quella dei soci, i cui patrimoni sono protetti dalle iniziative dei terzi solo dalla sussidiarietà. Ciascun socio, pertanto, ha l'onere di proporre opposizione contro il suddetto titolo, con la conseguenza che l'intervenuta definitività del provvedimento monitorio anche nei suoi confronti gli preclude di far valere in sede di opposizione all'esecuzione le eccezioni di merito che avrebbe dovuto proporre in sede di opposizione (conf. Sez. 3, n. 06734/2011, De Stefano, Rv. 617488-01; v. anche Sez. 3, n. 15376/2016, Barreca, Rv. 641158-01, ove la S.C. ha affermato che il decreto ingiuntivo, richiesto ed ottenuto sia nei confronti della società di persone che dei singoli soci illimitatamente responsabili, acquista autorità di giudicato sostanziale nei confronti del socio che non proponga tempestiva opposizione e la relativa efficacia resta insensibile all'eventuale accoglimento dell'opposizione avanzata dalla società o da altro socio).

3. Le società di capitali.

Le pronunce di seguito riportate sono state adottate nel corso dell'anno 2019 con specifico riferimento alle società di capitali. Trattano in particolare l'acquisto e il trasferimento delle partecipazioni societarie, il recesso e la perdita della qualità di socio, i finanziamenti e i conferimenti a vario titolo di quest'ultimo, l'assemblea e le delibere assembleari, l'amministrazione e le azioni di responsabilità. In alcuni casi, la Corte di cassazione ha affrontato le singole questioni, riferendosi in generale alle società di capitali, mentre, in altri casi, come di volta in volta precisato, ha esaminato in particolare la disciplina propria della società per azioni o delle società a responsabilità limitata.

3.1. L'acquisto e il trasferimento delle partecipazioni societarie.

Le pronunce adottate nel periodo in rassegna riproducono, in questo argomento, questioni già affrontate dalla Corte di cassazione, peraltro con orientamenti che ancora non sembrano comporsi.

Si deve, in proposito, subito richiamare **Sez. 6-2, n. 22790/2019, Abete, Rv. 655280-01**, ove la S.C. ha chiaramente affermato che le azioni (e le quote) delle società di capitali costituiscono beni di "secondo grado", in quanto non sono del tutto distinte e separate dai beni compresi nel patrimonio sociale, e sono

rappresentative delle posizioni giuridiche spettanti ai soci in ordine alla gestione ed alla utilizzazione di detti beni, funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività sociale. Pertanto, i beni compresi nel patrimonio della società non possono essere considerati del tutto estranei all'oggetto del contratto di cessione del trasferimento delle azioni o delle quote di una società di capitali, sia se le parti abbiano fatto espresso riferimento agli stessi, mediante la previsione di specifiche garanzie contrattuali, sia se l'affidamento del cessionario debba ritenersi giustificato alla stregua del principio di buona fede. Ne consegue che la differenza tra l'effettiva consistenza quantitativa del patrimonio sociale rispetto a quella indicata nel contratto, incidendo sulla solidità economica e sulla produttività della società, quindi sul valore delle azioni o delle quote, può integrare la mancanza delle qualità essenziali della cosa, che rende ammissibile la risoluzione del contratto *ex* art. 1497 c.c., ovvero, qualora i beni siano assolutamente privi della capacità funzionale a soddisfare i bisogni dell'acquirente, quindi "radicalmente diversi" da quelli pattuiti, l'esperimento di un'ordinaria azione di risoluzione *ex* art. 1453 c.c., svincolata dai termini di decadenza e prescrizione previsti dall'art. 1495 c.c.

Tale pronuncia trova un precedente conforme in Sez. 1, n. 18181/2004, Marziale, Rv. 580229-01, ma non esprime una soluzione interpretativa del tutto condivisa.

In altre statuizioni, la Corte di cassazione (Sez. 3, n. 16031/2007, Vivaldi, Rv. 598888-01) ha affermato che, in caso di compravendita di azioni di una società, stipulata ad un prezzo non corrispondente all'effettivo valore di queste ultime, senza che il venditore abbia prestato alcuna garanzia in ordine alla situazione patrimoniale della società stessa, il valore economico delle azioni non rientra tra le qualità di cui all'art. 1429, n. 2, c.c., che consentono l'annullamento del contratto per errore essenziale. La medesima Corte (Sez. 3, n. 16031/2007, Vivaldi, Rv. 598889-01) ha inoltre affermato che, in tali casi, il negozio ha quale oggetto immediato la partecipazione sociale e quale oggetto mediato la quota parte del patrimonio sociale che tale partecipazione rappresenta, con la conseguenza che le carenze o i vizi relativi alle caratteristiche e al valore dei beni ricompresi nel patrimonio sociale – e, di riverbero, alla consistenza economica della partecipazione – possono giustificare l'annullamento del contratto per errore o la risoluzione per difetto di qualità della cosa venduta (necessariamente attinente ai diritti e obblighi che, in concreto, la partecipazione sociale sia idonea ad attribuire, e non al suo valore economico) solo se il cedente abbia fornito, a tale riguardo, specifiche garanzie contrattuali, ovvero nel caso di dolo, quando il mendacio o le omissioni sulla situazione patrimoniale della società siano accompagnate da malizie ed astuzie, volte a realizzare l'inganno ed idonee, in concreto, a sorprendere una persona di normale diligenza.

Con riferimento poi alla clausola con la quale, nella vendita di partecipazioni sociali, il venditore si sia impegnato a tenere indenne il compratore dalle

soppravvenienze passive nel patrimonio della società, Sez. 2, n. 16963/2014, Migliucci, Rv. 631856-01 ha ritenuto che tale clausola ha ad oggetto una prestazione accessoria, che non rientra, quindi, nella garanzia di cui all'art. 1497 c.c., che attiene, invece, alle qualità intrinseche della cosa, esistenti al momento della conclusione del contratto (in conseguenza di tale premessa, la Corte ha poi ritenuto che il diritto del compratore all'indennizzo, fondato su detta clausola, non è soggetto alla prescrizione annuale *ex* artt. 1495 e 1497 c.c., bensì alla prescrizione ordinaria decennale).

In questa ottica si inserisce **Sez. 1, n. 07183/2019, Laura Tricomi, Rv. 653631-01**, ove la Corte di cassazione ha ritenuto che, qualora alla cessione delle partecipazioni sociali siano collegati dei patti autonomi di garanzia, aventi ad oggetto le passività del patrimonio sociale (c.d. *business warranties*), questi patti non attengono all'oggetto immediato del negozio, consistente nell'acquisizione della partecipazione sociale, ma al suo oggetto mediato, riconducibile alla quota parte del patrimonio sociale che essa rappresenta, e costituiscono un'autonoma regolamentazione della garanzia, sicché, in caso di inadempimento, deve riconoscersi all'acquirente il diritto a conseguire un indennizzo, e non la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto di acquisto delle azioni a causa del difetto di qualità della cosa venduta, secondo la disciplina di cui agli artt. 1495 e 1497 c.c.

In relazione a fattispecie del tutto diverse, ma sempre riferite a fattispecie che comportano l'acquisto della qualità di socio, **Sez. 6-1, n. 07298/2019, Dolmetta, Rv. 653639-01**, ha affermato che, in caso di pubblica sottoscrizione per la costituzione di s.p.a., la verifica della sussistenza delle sottoscrizioni e dei versamenti prescritti non incombe in via esclusiva sui promotori, ma coinvolge anche la posizione dei sottoscrittori, in quanto i riscontri e le valutazioni compiuti dai promotori sono affidati, ai sensi degli artt. 2335, comma 1, n. 1, e 2329, comma 1, n. 1, c.c., all'assemblea dei sottoscrittori, sicché, ove non si perfezioni l'*iter* costitutivo della società, l'obbligo di restituzione delle somme versate, a titolo di ripetizione d'indebito, grava sui promotori solo in relazione alle somme effettivamente acquisite secondo le modalità di versamento dei conferimenti in denaro indicate dalle disposizioni di legge e contrattuali, potendosi tuttavia configurare una responsabilità risarcitoria di questi ultimi, in virtù del peculiare affidamento che può essere stato creato, nel contesto dei sottoscrittori, sulla reale sussistenza delle sottoscrizioni e dei versamenti previsti dalla legge.

Con riferimento infine al diritto di opzione del socio di s.p.a. in sede di aumento del capitale sociale, **Sez. 1, n. 03779/2019, Valitutti, Rv. 653089-01**, ha ritenuto che il sacrificio di tale diritto – deliberato dall'assemblea ai sensi del previgente art. 2441 c.c. – è consentito non solo nei casi in cui si tratti dell'unico e inderogabile mezzo per realizzare l'interesse della società, essendo sufficiente che, in presenza di un interesse sociale di particolare natura ed intensità, riguardante le modalità con cui

viene realizzato l'aumento di capitale, la predetta soluzione appaia preferibile e ragionevolmente più conveniente, in base ad un accertamento rimesso al giudice di merito e incensurabile in sede di legittimità, se non nei limiti del novellato art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. (nella specie, l'interesse della società ad una abbreviazione del termine legale per l'esercizio del diritto di opzione è stato ravvisato nell'urgenza di provvedere all'azzeramento, alla ricostituzione e all'aumento del capitale sociale, in modo tale da consentire alla società di provvedere al pagamento del prezzo dovuto per l'acquisto all'asta di un complesso aziendale, la cui perdita avrebbe comportato un grave pregiudizio).

3.2. Il recesso e la perdita della qualità di socio.

Con specifico riferimento alle s.r.l., com'è noto, il novellato art. 2473 c.c. prevede la possibilità di individuare nell'atto costitutivo i casi di recesso del socio e le modalità di esercizio dello stesso, contemplando, al verificarsi di determinate circostanze, anche ipotesi legali di scioglimento del rapporto tra società e socio, tra cui quella disciplinata dall'art. 2473, comma 2, c.c., che consente il recesso dalla società contratta a tempo indeterminato, da esercitarsi con un preavviso di almeno centottanta giorni, ovvero di durata maggiore, stabilita dall'atto costitutivo, senza però superare il limite di un anno.

Proprio in relazione a quest'ultima ipotesi, **Sez. 1, n. 23095/2019, Laura Tricomi, Rv. 655334-01**, ha precisato che, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del diritto di recesso *ex art.* 2473, comma 2 c.c., nel caso in cui vi sia una scissione societaria, non è possibile cumulare i termini di durata previsti per ciascuna società, in considerazione della totale autonomia esistente tra la società scissa e quella beneficiaria.

In argomento, **Sez. 1, n. 08962/2019, Iofrida, Rv. 653568-01**, ha inoltre evidenziato che non è consentito il recesso *ad nutum* da una società a responsabilità limitata contratta a tempo determinato, in considerazione sia della previsione letterale di cui all'art. 2473 c.c., che limita il recesso al solo caso di società contratta a tempo indeterminato, sia della valutazione sistematica, dipendente dalla diversa disposizione dettata per le società di persone, sia dell'esigenza di tutelare i creditori che, facendo affidamento sul patrimonio sociale, hanno interesse al mantenimento della sua integrità (nella specie, la durata della società era stata prevista fino al 2050 e il socio pretendeva di esercitare il recesso *ad nutum*, perché tale durata eccedeva la propria aspettativa di vita).

Si consideri comunque che Sez. 1, n. 09662/2013, Bisogni, Rv. 626392-01, ha ritenuto che la previsione statutaria di un termine di durata particolarmente lungo, e tale da superare qualsiasi orizzonte previsionale anche per un soggetto collettivo,

determina l'assimilazione della s.r.l. a tempo determinato ad una s.r.l. a tempo indeterminato, consentendo al socio di esercitare il diritto di recesso in qualsiasi momento (perché deve essere assicurata la tutela del suo affidamento circa la possibilità di disinvestire la quota), sicché, la modifica dello statuto, che riduca notevolmente tale termine di durata, in origine estremamente lungo, comporta anche l'eliminazione della menzionata causa di recesso (il principio è stato enunciato proprio con riferimento a una modifica della durata della società, prevista in origine fino al 2100 e poi fino al 2050).

Con riferimento invece alle ipotesi legali di recesso dalla s.p.a., previste in favore dei soci che non abbiano votato a favore delle deliberazioni indicate nell'art. 2437 c.c., **Sez. 1, n. 13845/2019, Terrusi, Rv. 654260-01**, ha ritenuto che tra le deliberazioni concernenti i “diritti di partecipazione” dei soci, previste dall'art. 2437, comma 1, lett. g), c.c. – pur nell'ambito di una interpretazione restrittiva della norma, tesa a non incrementare a dismisura le cause che legittimano l'uscita dalla società – devono essere comprese quelle che interessano i diritti patrimoniali derivanti dalla partecipazione e, tra questi, il diritto afferente la percentuale dell'utile da distribuire in base allo statuto, aggiungendo che pertanto giustifica il recesso del socio di minoranza la modifica statutaria direttamente attinente alla distribuzione dell'utile di esercizio, che influenza in negativo i diritti patrimoniali del socio, prevedendo l'abbattimento della percentuale ammissibile di distribuzione, in considerazione dell'aumento della percentuale da destinare a riserva.

3.3. Il pegno delle quote di s.r.l.

In materia, assume fondamentale rilievo **Sez. 1, n. 31051/2019, Dolmetta, Rv. 656275-01**, ove la S.C. ha affermato che le quote di s.r.l., che non possono essere formate da titoli azionari e perciò non possono essere considerate beni mobili, ma rappresentano la partecipazione dei soci al contratto sociale e allo svolgimento dell'impresa, che da questo promana, esulando dall'ambito dei semplici diritti di credito, con la conseguenza che la costituzione in pegno di dette quote è soggetta alla regola residuale, contenuta nell'art. 2806 c.c., riguardante i diritti diversi dai crediti, e il diritto di pegno è costituito con l'iscrizione del relativo atto nel registro delle imprese.

3.4. Finanziamenti e conferimenti a vario titolo dei soci.

Nell'anno in rassegna, la S.C. ha più volte esaminato fattispecie riconducibili all'ambito operativo dell'art. 2467 c.c., così delineando in modo sempre più chiaro la portata di tale disposizione.

Fondamentale rilievo assume una pronuncia (**Sez. 1, n. 12994/2019, Nazzicone, Rv. 654252-01**), in cui la Corte di cassazione ha precisato che, in tema di finanziamento dei soci in favore della società, la postergazione disposta dall'art. 2467 c.c. opera già durante la vita della società, e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali, integrando una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione del finanziamento, sino a quando non sia superata la situazione di difficoltà economico-finanziaria prevista dalla norma.

Secondo la Corte, deve pertanto essere rifiutato il rimborso al socio finanziatore, ove la società versi nella indicata situazione di crisi nel momento della concessione del finanziamento ed anche in quello di richiesta del rimborso, da rilevarsi a cura dell'organo gestorio, mediante l'adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

Nella stessa pronuncia (**Sez. 1, n. 12994/2019, Nazzicone, Rv. 654252-02**), la medesima Corte ha anche rilevato che, ove il socio formuli la richiesta di rimborso in giudizio, spetta al giudice di merito verificare se la situazione di crisi, prevista dall'art. 2467, comma 2, c.c. sussiste, oltre che al momento della concessione del finanziamento, anche a quello della decisione, trattandosi di fatto impeditivo del diritto alla restituzione del finanziamento, rilevabile anche d'ufficio, in quanto oggetto di un'eccezione in senso lato, sempre che la situazione di crisi risulti *ex actis* in base a quanto dedotto e prodotto in giudizio.

La nozione di “finanziamento dei soci a favore della società” di cui all'art. 2467 c.c. è stata poi delineata da **Sez. 1, n. 03017/2019, Dolmetta, Rv. 652548-01**, ove la S.C. ha evidenziato che la disposizione richiamata non comprende i soli contratti di credito, perché il secondo comma di tale norma prevede che rientrino in quella categoria i finanziamenti “in qualsiasi forma” effettuati e quindi ogni atto che comporti un'attribuzione patrimoniale accompagnata dall'obbligo della sua futura restituzione, senza che rilevino, al fine di escludere l'applicazione della menzionata norma, la modestia della partecipazione sociale o l'esperimento di azioni giudiziarie volte a recuperare il credito.

Con riferimento poi ai risvolti applicativi della disposizione in esame nell'ambito delle procedure concorsuali, si deve menzionare **Sez. 1, n. 20649/2019, Fidanzia, Rv. 654671-01**, ove la Corte ha chiarito che, in tema di insinuazione allo stato passivo, il credito derivante dal finanziamento alla società fallita in qualunque forma effettuato dal socio, in una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento ai sensi dell'art. 2467 c.c., deve essere ammesso al concorso con il rango postergato non essendo equiparabile ad un credito chirografario.

3.5. Diritti e poteri connessi alla qualità di socio.

Alcune pronunce hanno affrontato nel corso del 2019 questioni varie, legate alla figura del socio di società di capitali, sia nei rapporti con la società che nei rapporti con i terzi.

Si tratta di statuizioni che toccano materie diverse, alcune legate a fattispecie davvero peculiari, accomunate comunque dal fatto che riguardano la posizione del socio in quanto tale.

Ad esempio, in una fattispecie del tutto particolare, **Sez. 1, n. 09106/2019, Scalia, Rv. 653873-01**, ha ritenuto che, ove la s.p.a. sia concessionaria di porti o approdi turistici, la partecipazione societaria può comprendere anche l'ormeggio nel posto barca, quale diritto del socio di utilizzare i beni appartenenti al patrimonio sociale dietro versamento di somme in aggiunta a quelle oggetto di conferimento, aggiungendo che, in questo caso, il contratto di ormeggio non ha autonoma consistenza rispetto al contratto di società, ma ne segue le sorti, per essere l'utilizzo del posto barca correlato alla partecipazione azionaria (in applicazione del principio, la S.C. ha confermato la condanna del privato alla restituzione ed al risarcimento dell'occupazione senza titolo del posto barca, gestito dalla società assuntrice del concordato fallimentare dell'originaria società concessionaria, poi fallita, che aveva ceduto un pacchetto azionario ed il diritto di godimento del posto barca al privato, il quale, sull'infondato presupposto dell'autonomia tra la cessione azionaria ed il contratto di ormeggio, ne assumeva l'opponibilità all'assuntrice nonostante l'intervenuto fallimento della concessionaria).

Con riferimento ai rapporti con soggetti esterni alla società, **Sez. 6-2, n. 20157/2019, Oliva, Rv. 654989-01**, nell'esaminare il caso di una spontanea assunzione, in proprio, da parte del socio di una società di capitali, di determinate obbligazioni pecuniarie in favore di un soggetto, che già prestava la sua opera in favore della sua società, al dichiarato fine di ottenere una più completa ed efficace esplicazione di tale attività a vantaggio della società, ha ritenuto sussistere un interesse economico del socio medesimo all'assunzione di tali obbligazioni, idoneo a configurare un valido e lecito contratto a titolo oneroso a favore di terzo, la sua società, avente la stessa causa del contratto preesistente tra il prestatore d'opera e la società (sul presupposto dell'esistenza di un'obbligazione solidale, la S.C. ha conseguentemente ritenuto sussistere la legittimazione processuale passiva del socio, che si era personalmente obbligato a remunerare un professionista, per la sua attività di rappresentanza in favore e nell'interesse della società).

In tema di danni cagionati da terzi ad una società di capitali, **Sez. 3, n. 16581/2019, Scarano, Rv. 654559-01**, ha infine affermato che il socio è legittimato a chiedere il ristoro del pregiudizio (non riflesso, ma) proprio, che ne derivi,

riguardante la sua sfera personale (diritto all'onore od alla reputazione) o la perdita di opportunità personali, economiche e lavorative, ovvero la riduzione del cd. merito creditizio (nella specie, l'attore aveva dedotto che il fallimento di due società, delle quali egli era socio accomandatario e garante, era da imputare all'avvenuta escussione di una fideiussione, dovuta all'illegittima revoca di un finanziamento pubblico e all'inadempimento di alcune obbligazioni contrattuali gravanti su di un Ministero).

3.6. Le deliberazioni dell'assemblea.

In argomento, si deve in primo luogo richiamare una pronuncia adottata dalla S.C., relativa al valore probatorio del verbale di assemblea dei soci, redatto in assenza del notaio.

Nella menzionata statuizione (**Sez. 1, n. 33233/2019, Fidanzia, Rv. 656579 - 01**), la Corte ha rilevato che tale verbale ha senz'altro efficacia probatoria, avendo come finalità quella di documentare quanto avvenuto nel corso dell'assemblea (data assemblea, identità dei partecipanti, capitale rappresentato da ciascuno, modalità e risultato delle votazioni, eventuali dichiarazioni dei soci) in vista del controllo delle relative attività anche da parte dei soci assenti e dissenzienti, ma ha anche precisato che, non essendo il verbale dotato di fede privilegiata, i soci possono far valere eventuali sue difformità rispetto alla realtà effettuale con qualsiasi mezzo di prova, fermo restando che, in caso di mancato assolvimento di tale onere, ciò che è documentato dal verbale non può essere messo in discussione (nella specie, la materia del contendere ha riguardato l'impugnazione di deliberazioni assunte in un'assemblea di s.r.l. che, dal relativo verbale, risultava totalitaria e che invece il socio impugnante aveva dedotto che non era tale, allegando di non avervi partecipato per vizio di convocazione, senza tuttavia offrire la prova di quanto dedotto e, perciò, soccombendo).

In tema di impugnazione delle deliberazioni assembleari, **Sez. 1, n. 17117/2019, Nazzicone, Rv. 654282-01**, ha, in via generale, affermato che il sopravvenuto fallimento della società comporta il venir meno dell'interesse ad agire per ottenere una pronuncia di annullamento delle deliberazioni assembleari assunte quando quest'ultima era *in bonis* (nella specie riguardanti l'approvazione del bilancio, la ricostituzione del capitale *ex* art. 2447 c.c. e il successivo aumento), se non viene dedotto ed argomentato il perdurante interesse al ricorso, con riferimento alle utilità attese in esito alla chiusura del fallimento dell'ente.

Particolare rilievo assume anche **Sez. 1, n. 26773/2019, Rv. 655561-01**, ove la S.C. ha precisato che la perdita della qualità di socio, in capo a chi non ha sottoscritto la propria quota in sede di ricostituzione del capitale sociale, non incide sulla legittimazione ad esperire le azioni di annullamento e di nullità della deliberazione

assembleare adottata *ex art.* 2447 o 2482 c.c., che rimane inalterata, tenuto conto che sarebbe logicamente incongruo, oltre che in contrasto con il principio sancito dall'art. 24, comma 1, Cost., ritenere causa del difetto di legittimazione proprio quel fatto che l'istante assume essere *contra legem* e di cui vorrebbe vedere eliminati gli effetti (nello stesso senso, Sez. 1, n. 21889/2013, Scaldaferrì, Rv. 627732-01).

Con specifico riferimento alle deliberazioni dell'assemblea dei soci di s.r.l., **Sez. 1, n. 22987/2019, Laura Tricomi, Rv. 655304-01**, ha affermato che le deliberazioni assunte senza la convocazione di uno dei soci sono da ritenersi nulle, poiché il disposto dell'art. 2479 *ter*, comma 3, c.c., nella parte in cui considera le decisioni prese "in assenza assoluta di informazioni", non si riferisce soltanto alla mancanza di informazioni sugli argomenti da trattare, ma anche alla mancanza di informazioni sull'avvio del procedimento deliberativo.

3.7. Gli amministratori.

Nel periodo in rassegna, sono state adottate significative pronunce che hanno riguardato il rapporto intercorrente tra amministratore e società, i poteri di quest'ultimo, i casi di revoca del medesimo e i suoi diritti patrimoniali.

Con riferimento ai poteri di rappresentanza degli amministratori di società di capitali, **Sez. 1, n. 18536/2019, Scotti, Rv. 654659-01**, ha evidenziato che le limitazioni di tali poteri, risultanti dall'atto costitutivo o dallo statuto, ai sensi dell'art. 2384, comma 2, c.c., non sono opponibili ai terzi di buona fede, non solo quando si tratti di limitazioni alla rappresentanza processuale, ma anche in caso di limitazioni alla rappresentanza sostanziale, poiché la norma, che si riferisce ai poteri degli amministratori in via generale, prende in esame gli effetti della buona fede della controparte, adattandosi in modo più appropriato proprio all'ambito della rappresentanza negoziale (nello stesso senso, v. già Sez. U, n. 10318/1990, Iannotta, Rv. 469519-01).

Proprio con riferimento alla rappresentanza processuale, **Sez. 5, n. 08120/2019, Fichera, Rv. 653519-01**, ha evidenziato che, nel caso in cui un soggetto agisca in giudizio, in qualità di legale rappresentante di una società di capitali non in virtù di una formale nomina di fonte statutaria o assembleare ma quale amministratore di fatto, che esercita poteri gestori analoghi all'amministratore di diritto, grava su quest'ultimo l'onere di dimostrare l'effettivo esercizio di tali poteri, ai fini dell'accertamento della legittimazione ad agire in nome e per conto della società, tenuto conto che non può farsi ricorso alle norme statutarie o alle risultanze del registro delle imprese (nella specie, la S.C. ha annullato la decisione impugnata, che aveva ritenuto provata la qualità di amministratore di fatto in capo a colui che aveva agito in tale veste, in base ad una sentenza di tribunale che, proprio per l'attività

svolta, lo aveva condannato al risarcimento dei danni cagionati alla società, che poi era stata totalmente riformata in appello).

Particolare rilievo assumono le statuizioni adottate in tema di revoca degli amministratori.

Si consideri che ai sensi dell'art. 2383, comma 3, c.c., gli amministratori di s.p.a. possono essere revocati dall'assemblea in qualunque tempo, anche se sono stati nominati nell'atto costitutivo, salvo il loro diritto al risarcimento del danno, quando la revoca è senza giusta causa.

Per quanto riguarda la nozione di giusta causa di revoca, con specifico riferimento agli amministratori di società appartenenti a un gruppo societario, si deve rinviare a quanto sopra illustrato con riferimento a **Sez. 1, n. 18182/2019, Nazzicone, Rv. 654547-02 e Rv. 654547-01**.

Merita un attento esame **Sez. 1, n. 31660/2019, Nazzicone, Rv. 656496 - 01**, ove è stata affrontata la questione relativa alla disciplina applicabile alla revoca dell'incarico di vice-presidente del consiglio di amministrazione di società, ove tale revoca integri una condotta discriminatoria.

La Corte ha prima di tutto evidenziato che la tutela prevista dall'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 spetta anche a coloro che hanno subito il comportamento pregiudizievole, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento, anche se tale attività deve rispettare le regole comuni della buona fede e della correttezza o comunque non deve essere per altro verso illecita.

La stessa Corte ha poi affermato che il disposto dell'art. 2383, comma 3, c.c. è, di regola, applicabile analogicamente anche ai casi in cui siano revocate le deleghe interne al consiglio di amministrazione, essendo dunque, in via generale, revocabile l'incarico di presidente o di vicepresidente in ogni momento, anche in mancanza di giusta causa, salvo, in quest'ultimo caso, il risarcimento del danno.

Tuttavia, la medesima Corte ha ritenuto che, ove la revoca integri anche una condotta discriminatoria, intervengono elementi di specialità, perché l'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 impone l'annullamento della deliberazione di revoca e la conseguente reviviscenza della carica.

In tal caso, afferma il giudice di legittimità, le esigenze proprie della disciplina societaria, di cui all'art. 2383 c.c., che opera il bilanciamento degli interessi esclusivamente sul piano patrimoniale, sono recessive rispetto alla tutela contro gli atti discriminatori, per la quale il legislatore ha operato, in via generale, un diverso bilanciamento di valori, predisponendo nei confronti di tali atti la tutela reale.

La Corte ha, in conclusione, ritenuto che l'amministratore di società, al quale sia demandato un particolare incarico ed, in particolare, il vicepresidente dell'organo, può esserne esonerato, in presenza di giusta causa, la quale tuttavia non sussiste, allorché la revoca costituisca la risposta ad un'attività di difesa del principio di parità

di trattamento, posta in essere con buona fede e correttezza dal soggetto revocato, con il conseguente diritto alla reintegra nella carica, oltre al risarcimento del danno, ove provato.

In materia di diritti patrimoniali degli amministratori infine, **Sez. 1, n. 00285/2019, Nazzicone, Rv. 652071-01**, ha rilevato che il rapporto intercorrente tra la società di capitali ed il suo amministratore è di immedesimazione organica e ad esso non si applicano né l'art. 36 Cost. né l'art. 409, comma 1, n. 3) c.p.c., con la conseguenza che deve ritenersi legittima la previsione statutaria di gratuità delle relative funzioni.

Tale pronuncia perviene alle stesse conclusioni di numerosi precedenti, tra i quali si può menzionare, tra le ultime, Sez. I, n. 15382/2017, Negri della Torre, Rv. 644785-01, ove la S.C. ha affermato che l'amministratore di una società, con l'accettazione della carica, acquisisce il diritto ad essere compensato per l'attività svolta in esecuzione dell'incarico affidatogli, ma tale diritto è disponibile e può anche essere derogato da una clausola dello statuto della società, che condizioni lo stesso al conseguimento di utili, ovvero sancisca la gratuità dell'incarico (v. anche Sez. 6-1, n. 24139/2018, Dolmetta, Rv. 650610-01, sulla possibilità di una rinuncia tacita al menzionato compenso).

3.8. Il revisore contabile.

Com'è noto, l'art. 2409 *bis* c.c. prevede che la revisione legale dei conti sulla società viene eseguita da un revisore o da una società di revisione, stabilendo che comunque, per le società che non sono tenute alla redazione del bilancio consolidato, la revisione legale dei conti può essere anche esercitata dal collegio sindacale. Il d.lgs. n. 39 del 2010, in attuazione della direttiva 2006/43/CE, ha poi disciplinato *ex novo* le menzionate figure del revisore e delle società di revisione.

In argomento, **Sez. 1, n. 14919/2019, Fidanzia, Rv. 656121-01**, ha rilevato che i requisiti di obiettività e indipendenza del revisore contabile, di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 39 del 2010, escludono che costui possa intrattenere con i membri del collegio sindacale rapporti finanziari, di lavoro o d'altro genere, diretti o indiretti, aventi ad oggetto servizi anche diversi dalla revisione, aggiungendo che alla violazione della norma richiamata consegue la nullità dell'atto di nomina del revisore, che perde anche il diritto al compenso.

Con riferimento all'attività svolta, **Sez. 2, n. 16780/2019, Oliva, Rv. 654551-01**, ha affermato che, in tutte le ipotesi in cui il revisore contabile o la società di revisione contabile, con riferimento alle società quotate in borsa, debba valutare i risultati di specifiche operazioni di verifica e controllo affidate ad organi di controllo endosocietari o a terzi incaricati dalla società oggetto di revisione, la verifica deve

estendersi al controllo delle modalità con cui le predette operazioni sono state condotte e deve esplicitare il metodo valutativo utilizzato dal revisore, le operazioni in concreto compiute e le motivazioni del giudizio finale di adeguatezza o non adeguatezza. Ciò in quanto l'esercizio di tale controllo è finalizzato ad assicurare la verifica della corretta appostazione dei dati contabili nel bilancio della società e, di conseguenza, della corretta gestione contabile della società stessa, al fine di assicurare la conoscibilità, in capo ai terzi, delle effettive modalità di gestione contabile, nonché a tutelare l'ordinato svolgimento della concorrenza e del mercato.

3.9. Il liquidatore.

Passando ad esaminare le pronunce che hanno interessato tale figura, deve subito menzionarsi **Sez. 6-1, n. 31350/2019, Campese, Rv. 656152-01**, che, conformandosi a precedenti statuizioni (Sez. 1, n. 12677/2009, Adamo, Rv. 608515-01), ha ritenuto non suscettibile di ricorso straordinario per cassazione il decreto di nomina del liquidatore di una società di capitali, emesso ai sensi dell'art. 2487 c.c., trattandosi di provvedimento non definitivo, come pure si evince dal fatto che, in applicazione del quarto comma dell'articolo citato, il liquidatore può essere revocato dall'assemblea o, in presenza di una giusta causa, dal tribunale.

Particolare rilievo assume poi **Sez. 1, n. 10523/2019, Falabella, Rv. 653470-01**, nella parte in cui precisa che, in caso di società di capitali posta in liquidazione, la legittimazione a proporre istanza di fallimento in proprio ai sensi dell'art. 6 l.fall. spetta direttamente al liquidatore, il quale è investito, ai sensi dell'art. 2489, comma 1, c.c., del potere di compiere ogni atto utile per la liquidazione della società, aggiungendo che detta legittimazione non può essere avocata dall'assemblea o dai singoli soci.

La Corte ha ritenuto che il liquidatore può infatti assumere in autonomia una siffatta determinazione, senza soggiacere al deliberato della maggioranza dei soci, come già affermato, con riferimento agli amministratori, in una precedente pronuncia, pure richiamata nella decisione in esame (il riferimento è a Sez. 1, n. 19983/2009, Bernabai, Rv. 610562-01, ove è stato evidenziato che il ricorso per la dichiarazione di fallimento del debitore, nel caso in cui si tratti di una società, deve essere presentato dall'amministratore, dotato del potere di rappresentanza legale, senza necessità della preventiva autorizzazione dell'assemblea o dei soci, non trattandosi di un atto negoziale né di un atto di straordinaria amministrazione, ma di una dichiarazione di scienza, peraltro doverosa, in quanto l'omissione risulta penalmente sanzionata).

3.10. Le azioni di responsabilità.

Le pronunce adottate in argomento nell'anno in rassegna hanno sostanzialmente confermato l'orientamento espresso negli anni precedenti, con riferimento alle diverse azioni di responsabilità, prestando particolare attenzione a quella del curatore e a quella promossa nei confronti dei sindaci.

In tema di responsabilità degli amministratori *ex art.* 2393 c.c., in una fattispecie regolata dalla disciplina previgente al d.lgs. n. 6 del 2003, **Sez. 2, n. 10751/2019, Criscuolo, Rv. 653564-01**, ha ribadito che l'art. 2392 c.c., nel testo precedente al d.lgs. cit., poneva a carico di tutti gli amministratori di società per azioni un dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, che non veniva meno nell'ipotesi di attribuzioni proprie di uno o più amministratori, restando anche in tal caso a carico degli altri l'onere di provare di essersi diligentemente attivati per porre rimedio alle illegittimità rilevate (o che avrebbero dovuto rilevare), sempre che non fossero rimasti in carica per un periodo di tempo troppo breve, da non consentire loro di rendersi conto della situazione e di intervenire con utili strumenti correttivi (v., negli stessi termini, da ultimo Sez. 6-1, n. 06998/2018, Scaldaferrì, Rv. 647899-01).

Come più volte precisato dalla stessa Corte di cassazione, tale impostazione non è più valida a seguito della riforma, posto che, in virtù del novellato art. 2392 c.c., gli amministratori delle società per azioni privi di deleghe (cd. non operativi) non sono più sottoposti ad un generale obbligo di vigilanza, tale da trasmodare di fatto in una responsabilità oggettiva, per le condotte dannose degli altri amministratori, ma rispondono solo se non hanno impedito fatti pregiudizievoli di quest'ultimi in virtù della conoscenza – o della possibilità di conoscenza, per il loro dovere di agire informati *ex art.* 2381 c.c. – di elementi tali da sollecitare il loro intervento alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (Sez. 1, n. 17441/2016, Di Marzio M., Rv. 641165-01).

In tema di azione di responsabilità *ex art.* 2394 c.c. nei confronti degli amministratori e dei sindaci di una cooperativa edilizia, **Sez. 3, n. 28613/2019 Fiecconi, Rv. 655962-01**, ha rilevato che tale azione prescinde dal mancato pagamento di un determinato credito e dall'escussione infruttuosa del patrimonio sociale, presupponendo invece la dimostrazione che – in conseguenza dell'inadempimento degli obblighi di corretta gestione e di conservazione del patrimonio sociale (incombenti anche sugli organi gestori di una società cooperativa *ex art.* 2519 c.c.) – si sia perduta la garanzia patrimoniale generica e, cioè, che, per l'eccedenza delle passività sulle attività, il patrimonio sociale sia divenuto insufficiente a soddisfare le ragioni del ceto creditorio, situazione non necessariamente coincidente con lo stato di insolvenza o con la perdita integrale del capitale sociale.

Comunque, per il caso in cui l'azione di responsabilità sia esperita del curatore fallimentare *ex art.* 146 l.fall., in una interessante pronuncia, la Corte (**Sez. 1, n. 23452/2019, Guido, Rv. 655305-02**), ha precisato che tale azione cumula in sé quelle previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali, in relazione alle quali assume contenuto inscindibile e connotazione autonoma – quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali – implicando una modifica della legittimazione attiva, ma non della natura giuridica e dei presupposti delle due azioni, che rimangono diversi ed indipendenti.

In forza di tali considerazioni – e questo è l'aspetto di rilievo della statuizione – la Corte di cassazione ha quindi ritenuto che la mancata specificazione del titolo della domanda giudiziale formulata dal curatore, lungi dal determinare la sua nullità per indeterminatezza, fa presumere, in assenza di un contenuto anche implicitamente diretto a far valere una sola delle azioni, che il curatore abbia inteso esercitare congiuntamente entrambe le azioni.

Nella stessa pronuncia, la medesima Corte (**Sez. 1, n. 23452/2019, Guido, Rv. 655305-01**) ha peraltro ribadito che, qualora si tratti di azione di responsabilità esperita nei confronti degli amministratori di s.r.l., anche dopo la riforma di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, il curatore, ai sensi dell'art. 146 l.fall., è legittimato ad esperire l'azione dei creditori sociali, pure in mancanza di un espresso richiamo all'art. 2394 c.c., previsto per la s.p.a. ma applicabile in via analogica alla s.r.l., considerato che, accedendo ad una diversa interpretazione, si creerebbe una disparità di trattamento ingiustificata tra i creditori della società azionaria e quelli della s.r.l. e tenuto conto che, dopo la novella dell'art. 2476 c.c., introdotta dall'art. 378 del d.lgs. n. 14 del 2019, anche nella società a responsabilità limitata è ora espressamente ammessa l'azione dei creditori sociali (nello stesso senso, v. già Sez. 1, n. 17121/2010, Nappi, Rv. 614348-01).

Con particolare riferimento all'azione di responsabilità nei confronti dei sindaci, **Sez. 1, n. 32397/2019, Fidanzia, Rv. 656128-01**, e **Sez. 1, n. 20651/2019, Guido, Rv. 654672 -02** hanno poi ritenuto che l'inosservanza del dovere di vigilanza imposto dall'art. 2407, comma 2, c.c., non richiede l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, eventualmente anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al Pubblico Ministero, per consentirgli di provvedere ai sensi dell'art. 2409 c.c., nella formulazione applicabile *ratione temporis* anteriormente al d.lgs. n. 6 del 2003 (nello stesso senso, v. Sez. 1, n. 16314/2017, Fichera, Rv. 644767-01).

La S.C. ha esaminato anche in un'altra pronuncia tale argomento (**Sez. 1, n. 18770/2019, Nazzicone, Rv. 654662-03**), evidenziando che la presentazione delle dimissioni non esonera il sindaco da responsabilità, non esprimendo un'adeguata vigilanza sull'operato altrui e sullo svolgimento dell'attività sociale, per la pregnanza degli obblighi assunti proprio nell'ambito della vigilanza sull'operato altrui e perché la diligenza richiesta al sindaco impone, piuttosto, un comportamento alternativo, diventando anzi le dimissioni esemplari della condotta colposa tenuta dal sindaco, rimasto indifferente ed inerte nel rilevare una situazione di reiterata illegalità.

Nella stessa decisione (**Sez. 1, n. 18770/2019, Nazzicone, Rv. 654662-02**), la Corte ha precisato che non è sufficiente ad esonerare i sindaci dalla responsabilità, in presenza di una illecita condotta gestoria degli amministratori, la dedotta circostanza di esserne stati tenuti all'oscuro o di avere assunto la carica dopo l'effettiva realizzazione di alcuni dei fatti dannosi, qualora i sindaci abbiano mantenuto un comportamento inerte, non vigilando adeguatamente sulla condotta degli amministratori, sebbene fosse da essi esigibile lo sforzo diligente di verificare la situazione, ponendovi rimedio, di modo che l'attivazione dei poteri sindacali, conformemente ai doveri della carica, avrebbe potuto permettere di scoprire le condotte illecite, e reagire ad esse, prevenendo danni ulteriori.

Infine, la medesima Corte ha affermato il nesso causale tra la condotta inerte antidoverosa dei sindaci di società e l'illecito perpetrato dagli amministratori, ai fini della responsabilità dei primi – secondo la probabilità e non necessariamente la certezza causale – se, con ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione dei poteri sindacali avrebbe ragionevolmente evitato l'illecito, tenuto conto di tutte le possibili iniziative che il sindaco può assumere, esercitando i poteri-doveri propri della carica, quali: la richiesta di informazioni o di ispezione *ex art. 2403 bis c.c.*, la segnalazione all'assemblea delle irregolarità riscontrate, i solleciti alla revoca della deliberazione illegittima, l'impugnazione della deliberazione viziata *ex artt. 2377 ss. c.c.*, la convocazione dell'assemblea ai sensi dell'*art. 2406 c.c.*, il ricorso al tribunale per la riduzione del capitale per perdite *ex artt. 2446-2447 c.c.*, il ricorso al tribunale per la nomina dei liquidatori ai sensi dell'*art. 2487 c.c.*, la denuncia al tribunale *ex art. 2409 c.c.*, ed ogni altra attività possibile ed utile (**Sez. 1, n. 18770/2019, Nazzicone, Rv. 654662-01**).

Con riferimento l'azione di responsabilità per danni cagionati a terzi, si deve menzionare **Sez. 6-1, n. 15822/2019, Nazzicone, Rv. 654602-02**, ove la S.C. ha ribadito che l'inadempimento contrattuale di una società di capitali non implica automaticamente la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente ai sensi dell'*art. 2395 c.c.*, atteso che tale responsabilità, di natura extracontrattuale, richiede la prova di una condotta dolosa o colposa degli amministratori medesimi, del danno e del nesso causale tra questa e il danno patito

dal terzo contraente, come si evince, fra l'altro, dall'utilizzazione, nel testo della norma, dell'avverbio “direttamente”, il quale esclude che l'inadempimento e la pessima amministrazione del patrimonio sociale siano sufficienti a dare ingresso all'azione di responsabilità.

Sempre in tema di azione di responsabilità *ex art.* 2395 c.c., ma con riferimento a quella promossa dal socio, e non dal terzo, assume infine rilievo **Sez. 1, n. 03779/2019, Valitutti, Rv. 653089-02**, ove la Corte ha precisato che la responsabilità degli organi sociali derivante dall'azione proposta dal socio ai sensi dell'articolo sopra menzionato ha natura extracontrattuale, postulando la sussistenza di fatti illeciti direttamente imputabili ad un comportamento colposo o doloso degli amministratori. Ne discende che, qualora l'evento dannoso si ricolleggi a più azioni od omissioni, il problema della concorrenza di una pluralità delle cause trova la sua soluzione nella disciplina di cui all'art. 41, c.p., in virtù del quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra dette cause e l'evento, essendo quest'ultimo riconducibile a ciascuna di esse, a meno che non sia raggiunta la prova dell'esclusiva efficienza causale di una sola, pur se imputabile alla stessa vittima dell'illecito, da ritenersi idonea ad impedire l'evento od a ridurne le conseguenze (nella specie la S.C. ha ritenuto idonea a causare il danno lamentato dal socio la condotta omissiva del medesimo, consistente nel non aver acquisito le quote offerte da un altro socio di maggioranza così da mantenere inalterata la propria partecipazione sociale e da non perdere il diritto di opzione, ancorché gli amministratori avessero dato esecuzione ad una delibera invalida e i sindaci non ne avessero ostacolato l'esecuzione).

Per completezza, con riferimento ai profili di responsabilità degli organi di gestione e di controllo di società, esaminati dalla S.C. ai fini dell'applicazione di sanzioni amministrative, si rinvia al capitolo dedicato a tale argomento (v. *infra*).

4. Particolari società di capitali.

Vengono di seguito riportate le pronunce adottate nel 2019, che hanno affrontato questioni del tutto peculiari, relative alla particolare disciplina riservata ad alcune società.

Si tratta, in particolare, di statuizioni riguardanti le società cooperative. A tali figure vanno aggiunte le società a partecipazione pubblica, comprese le società *in house*, cui, proprio per l'accentuata specificità, è stata dedicato un intero capitolo nella parte riservata ai rapporti con i pubblici poteri, cui si rinvia (v. *infra*).

4.1. Le società cooperative.

Con riferimento al rapporto tra delibera di esclusione e licenziamento del socio, **Sez. L, n. 08224/2019, Cinque, Rv. 653412-01**, ha ancora una volta ribadito il principio enunciato da Sez. U, n. 27436/2017, Perrino, Rv. 646129-01, affermando che, ove per le medesime ragioni afferenti al rapporto lavorativo siano stati contestualmente emanati la delibera di esclusione ed il licenziamento, l'omessa impugnativa della delibera esclude la tutela restitutoria della qualità di lavoratore, ma non preclude quella risarcitoria, che deve essere modulata secondo i criteri di cui all'art. 8 della l. n. 604 del 1966.

Negli stessi termini, si è poi pronunciata **Sez. L, n. 08386/2019, Blasutto, Rv. 653209-01**, evidenziando, che l'omessa impugnativa della delibera di esclusione non fa venire meno l'interesse del lavoratore ad impugnare il licenziamento, atteso che l'effetto estintivo del rapporto di lavoro, derivante dall'esclusione dalla cooperativa, e preclusivo della tutela restitutoria, non elide di per sé l'illegittimità del licenziamento, cui si può porre rimedio con la tutela risarcitoria.

Con particolare riferimento alla cooperativa edilizia, **Sez. 2, n. 10355/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 653497-01**, ha evidenziato che, in virtù della finalità mutualistica perseguita dagli interventi pubblici, volti all'individuazione delle aree da destinarsi all'edificazione residenziale di tipo economico e popolare, nel cui contesto essa si inserisce, la cooperativa è tenuta ad assegnare ai singoli soci non soltanto, in proprietà esclusiva, alloggi, garage e cantine, ma anche, *pro quota* indivisa, ogni altra parte dell'edificio di uso comune ai sensi dell'art. 205 del r.d. n. 1165 del 1938 e dell'art. 1117 c.c., essendo incompatibile col predetto vincolo di scopo la riserva di una parte del fabbricato a scopo di lucro (nella specie, la cooperativa edilizia aveva trasformato in locali commerciali alcune aree comuni, trasferendole a terzi, anziché assegnarle ai soci).

Ai fini della verifica dell'assoggettabilità a fallimento della società cooperativa, **Sez. 1, n. 25478/2019, Amatore, Rv. 655625-01**, ha ritenuto che lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (cd. lucro oggettivo), requisito quest'ultimo che, non essendo inconciliabile con il fine mutualistico, ben può essere presente in una società cooperativa, la quale pertanto, ove svolga attività commerciale, in caso di insolvenza, può essere assoggettata a fallimento, in applicazione dell'art. 2545 *terdecies* c.c. (nella specie, la S.C. ha confermato la dichiarazione di fallimento di una società cooperativa che gestiva impianti sportivi e centri di fisioterapia, svolgendo anche attività remunerate in favore di terzi).

La Corte si era già più volte espressa negli stessi identici termini (v., da ultimo, Sez. 6-1, n. 14250/2016, Genovese, Rv. 640519-01 e Sez. 1, n. 06835/2014, Nazzicone, Rv. 630547- 01).

In un'altra pronuncia (**Sez. 6-1, n. 03202/2019, Dolmetta, Rv. 653128-01**), la medesima Corte ha tuttavia precisato che, sempre ai fini della verifica dell'assoggettabilità a fallimento, l'indagine circa la natura imprenditoriale dell'attività della cooperativa può essere concentrata in via esclusiva sui dati di bilancio, qualora dagli stessi emerga una sproporzione tra ricavi e costi di dimensioni tali da essere oggettivamente incompatibile con la prevalenza di uno scopo mutualistico.

Con riferimento all'azione di responsabilità *ex art.* 2394 c.c. nei confronti degli amministratori della società cooperativa, deve essere menzionata **Sez. 3, n. 28613/2019 Fiecconi, Rv. 655962-01**, *supra* già illustrata.

CAPITOLO XV

CONTRATTI BANCARI, TITOLI DI CREDITO E INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

(DI ELEONORA REGGIANI)

Sommario: 1. I contratti bancari – 1.1. L'attività negoziale della banca in generale – 1.2. La pattuizione degli interessi – 1.3. I contratti e le operazioni in conto corrente – 1.4. Altri contratti bancari – 2. Gli assegni – 3. Gli altri titoli di credito – 4. L'intermediazione finanziaria in generale – 5. I servizi di investimento – 5.1. Le nullità contrattuali e le statuizioni conseguenti – 5.2. L'inadempimento dell'intermediario e i relativi rimedi – 5.3. Fattispecie particolari – 6. L'offerta al pubblico di prodotti finanziari – 7. I fondi comuni d'investimento.

1. I contratti bancari.

Come ogni anno, le pronunce in argomento sono numerose e riguardano soprattutto la validità delle clausole relative agli interessi, il contratto di conto corrente e le relative operazioni.

Prima ancora di esaminare le pronunce che hanno interessato i singoli contratti e le specifiche operazioni bancarie, vengono di seguito riportate le decisioni riguardati l'attività negoziale della banca in generale.

1.1. L'attività negoziale della banca in generale.

Con riferimento a tutti i contratti stipulati dalle banche, si deve subito menzionare **Sez. 1, n. 26778/2019, Fidanzia, Rv. 655763-01**, ove è stata affermata la nullità, per violazione di norme imperative, della clausola contrattuale con cui la banca subordina l'esecuzione delle proprie prestazioni al previo rilascio da parte del cliente del consenso al trattamento dei dati personali sensibili, in quanto tale previsione contrasta con i principi informatori della legge sulla *privacy* ed in particolare con il principio di minimizzazione nell'uso dei dati, *ex* art. 3 del d.lgs. n. 196 del 2003 che contiene precetti non derogabili dall'autonomia privata, essendo posti a tutela di interessi generali e di valori morali e sociali riconosciuti dall'ordinamento (nella specie, la banca aveva bloccato l'operatività del conto e del deposito titoli del cliente che non aveva autorizzato il trattamento dei dati, peraltro non necessari per le operazioni, richiesti dalla banca adducendo genericamente la *policy* aziendale e ragioni di cautela).

Sempre in via generale, **Sez. 1, n. 22385/2019, Dolmetta, Rv. 655289-01**, ha affermato che la previsione di cui all'art. 117, commi 1 e 3, TUB, secondo cui il contratto bancario è nullo, se non redatto per iscritto, configura una nullità di

protezione in favore del cliente, che può essere rilevata d'ufficio dal giudice, stante l'inequivoco disposto del successivo art. 127, comma 2, TUB.

Nella stessa statuizione appena richiamata, la Corte (**Sez. 1, n. 22385/2019, Dolmetta, Rv. 655289-03**), ha anche ribadito che, in materia di contratti bancari – alla stregua di quanto affermato per i contratti relativi ai servizi d'investimento (cfr. Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01) – l'omessa sottoscrizione del documento da parte dell'istituto di credito non determina la nullità del contratto per difetto della forma scritta, prevista dall'art. 117, comma 3, TUB. Il requisito formale, infatti, non deve essere inteso in senso strutturale, bensì funzionale, in quanto posto a garanzia della più ampia conoscenza, da parte del cliente, del contratto predisposto dalla banca, la cui mancata sottoscrizione è dunque priva di rilievo, in presenza di comportamenti concludenti dell'istituto di credito, idonei a dimostrare la sua volontà di avvalersi di quel contratto (nello stesso senso, v. da ultimo Sez. 1, n. 16070/2018, Iofrida, Rv. 649476-01).

In ordine alle operazioni effettuate mediante strumenti elettronici, **Sez. 3, n. 18045/2019, Guizzi, Rv. 654563-01**, ha precisato che la responsabilità della banca per tali operazioni, con particolare riguardo alla verifica della loro riconducibilità alla volontà del cliente mediante il controllo dell'utilizzazione illecita dei relativi codici da parte di terzi, ha natura contrattuale e, quindi, va esclusa se ricorre una situazione di colpa grave dell'utente, configurabile nel caso di protratta mancata attivazione di una qualsiasi forma di controllo degli estratti conto (nella specie, la S.C. ha ritenuto sussistente la colpa grave del cliente, per aver atteso due anni prima di comunicare l'uso non autorizzato dello strumento di pagamento, in quanto la sollecita consultazione degli estratti gli avrebbe consentito di conoscere quell'uso più tempestivamente).

In tale quadro, assume rilievo anche **Sez. 6-1, n. 28803/2019, Dolmetta, Rv. 656091-01**, ove si specifica che è nulla, per indeterminatezza dell'oggetto, la procura con la quale una banca conferisce ad una società il potere di gestione anche stragiudiziale dei propri crediti, definiti semplicemente come "crediti anomali", poiché tale espressione non consente di individuare i rapporti oggetto dell'impegno negoziale, senza che possa utilmente richiamarsi la definizione di "crediti anomali" formulata dalla Banca d'Italia nelle proprie circolari, atteso che si tratta di disposizioni rivolte unicamente agli istituti di credito, quale espressione del suo potere di vigilanza, senza alcun riflesso sul piano negoziale.

1.2. La pattuizione degli interessi.

Nell'anno in rassegna, la giurisprudenza di legittimità si è interessata delle clausole negoziali relative agli interessi, apposte nei contratti di banca, sotto un duplice punto di vista.

Da una parte, la Corte di cassazione ha esaminato la questione relativa alla validità delle clausole contrattuali di determinazione del tasso di interesse mediante rinvio agli usi o mediante rinvio ad altro documento, distinguendo tra disciplina antecedente e disciplina successiva alla l. n. 154 del 1992.

Da un'altra parte, la medesima Corte ha affrontato il tema dell'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori convenzionali, rimettendo da ultimo la decisione alle Sezioni Unite.

Con riferimento al primo problema menzionato, **Sez. 1, n. 24048/2019, Marulli, Rv. 655344-01**, ha evidenziato che, nel regime anteriore all'entrata in vigore della disciplina dettata dall'art. 4 l. n. 154 del 1992 sulla trasparenza bancaria, poi trasfusa nell'art. 117 TUB, la clausola che, per la pattuizione di interessi dovuti dalla clientela in misura superiore a quella legale, si limiti a fare riferimento alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza, è comunque da ritenersi priva del carattere della sufficiente univocità, per difetto di inequivoca determinabilità dell'ammontare del tasso sulla base del documento contrattuale, e non può quindi giustificare la pretesa della banca al pagamento di interessi in misura superiore a quella legale quando faccia riferimento a parametri locali, mutevoli e non riscontrabili con criteri di certezza.

Successivamente, **Sez. 1, n. 34740/2019, Meloni, Rv. 656441 - 01**, ha precisato che la disposizione introdotta con il menzionato art. 4 della legge 17 febbraio 1992, n. 154, poi trasfusa nell'art. 117 TUB, non sono retroattive, alla pari della disciplina in materia di usura, aggiungendo che l'irretroattività opera anche per la previsione della sostituzione della clausola nulla con la diversa disciplina legale all'uopo dettata dal legislatore (con la conseguenza che è corretta l'applicazione degli interessi nella misura corrispondente a quella legale). Nello stesso senso, v. già Sez. 1, n. 28302/2005, Panzani, Rv. 585489-01.

Sempre in tema di determinazione del tasso d'interesse, **Sez. 1, n. 17110/2019, Falabella, Rv. 654281-01**, ha rilevato che, nella vigenza dell'art. 117, comma 4, TUB, tale tasso può essere determinato *per relationem*, con esclusione del rinvio agli usi, ma in tal caso il contratto deve richiamare criteri prestabiliti ed elementi estrinseci che, oltre ad essere oggettivamente individuabili e funzionali alla concreta determinazione del tasso, non devono essere determinati unilateralmente dalla banca (nella specie, la S.C. ha ritenuto nulla la pattuizione del tasso di interesse, all'interno di un contratto di conto corrente bancario, operata attraverso il riferimento ad un generico *top rate*,

concretamente specificato solo in un avviso sintetico redatto dalla banca ed esposto al pubblico).

Per quanto riguarda invece la questione relativa all'ambito operativo della disciplina antiusura, si deve prima di tutto richiamare **Sez. 1, n. 01464/2019, Falabella, Rv. 652649-01**, che ha chiarito i criteri di calcolo per determinare il “tasso soglia”.

In tale pronuncia, la S.C. ha spiegato che, in materia di contratto di conto corrente bancario, ed in riferimento ai rapporti svoltisi, in tutto o in parte, nel periodo anteriore al primo gennaio 2010 – data di entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 2 *bis* d.l. n. 185 del 2008, inserito dalla legge di conversione n. 2 del 2009 – al fine di verificare se sia intervenuto il superamento del tasso soglia dell'usura presunta, come determinato in base alle disposizioni della l. n. 108 del 1996, occorre effettuare la separata comparazione del tasso effettivo globale (TEG) dell'interesse praticato in concreto con il “tasso soglia”, nonché della commissione di massimo scoperto (CMS) applicata, con la “CMS soglia”, calcolata aumentando della metà la percentuale della CMS media indicata nei decreti ministeriali, emanati ai sensi dell'art. 2, comma 1, della l. n. 108 del 2008, compensandosi, quindi, il valore della eventuale eccedenza della CMS praticata in concreto, rispetto a quello della CMS rientrante nella soglia, con il “margine” eventualmente residuo degli interessi, pari alla differenza tra l'importo degli stessi rientrante nella soglia di legge e quello degli interessi in concreto praticati. Tale operazione deve essere effettuata con riferimento ad ogni trimestre, dovendosi verificare il superamento della soglia usuraria con riferimento ai diversi valori medi che sono oggetto della rilevazione eseguita con tale periodicità, giusta il disposto di cui all'art. 2, comma 1, della legge n. 108 del 1996 (nello stesso senso, Sez. U, n. 16303/2018, De Chiara, Rv. 649294-01).

Un'importate decisione, pubblicata nell'anno in rassegna, ha poi affrontato il problema dell'applicabilità della disciplina antiusura anche alla pattuizione degli interessi moratori.

In tale pronuncia, la Corte (**Sez. 3, n. 26286/2019, D'Arrigo, Rv. 655639-01**) ha prima di tutto precisato che, nei rapporti bancari, gli interessi corrispettivi e quelli moratori, che siano contrattualmente previsti, si fondano presupposti diversi ed antitetici, giacché i primi costituiscono la controprestazione del mutuante e i secondi hanno natura di clausola penale, quale determinazione convenzionale preventiva del danno da inadempimento. Essi, pertanto, non si possono tra di loro cumulare. Tuttavia, qualora il contratto preveda che il tasso degli interessi moratori sia determinato sommando al saggio degli interessi corrispettivi previsti dal rapporto, un certo numero di punti percentuale, è al valore complessivo risultante da tale somma, non solo ai punti percentuali aggiuntivi, che occorre avere riguardo al fine di individuare il tasso degli interessi moratori effettivamente applicati.

La medesima Corte (**Sez. 3, n. 26286/2019, D'Arrigo, Rv. 655639-02**) ha poi ritenuto che, sempre nei rapporti bancari, gli interessi convenzionali di mora, al pari di quelli corrispettivi, sono soggetti all'applicazione della disciplina antiusura, con la conseguenza che, laddove la loro misura oltrepassi il "tasso soglia" previsto dall'art. 2 l. n. 108 del 1996, si configura la cosiddetta usura oggettiva, che determina la nullità della clausola ai sensi dell'art. 1815, comma 2 c.c.

Il giudice di legittimità non ha ritenuto di ostacolo a tale soluzione interpretativa, la circostanza che le istruzioni della Banca d'Italia non prevedano l'inclusione degli interessi di mora nella rilevazione del T.E.G.M. (tasso effettivo globale medio), che costituisce la base sulla quale determinare il "tasso soglia", perché la Banca d'Italia provvede comunque alla rilevazione della media dei tassi convenzionali di mora (solitamente costituiti da alcuni punti percentuali da aggiungere al tasso corrispettivo), ed è dunque possibile individuare il "tasso soglia di mora" del semestre di riferimento, applicando a tale valore la maggiorazione prevista dall'art. 2, comma 4, l. n. 108 del 1996.

Ovviamente, nella ricostruzione così operata, resta fermo che, dovendosi procedere ad una valutazione unitaria del saggio d'interessi concretamente applicato – senza potere più distinguere, una volta che il cliente è costituito in mora, la parte corrispettiva da quella moratoria – al fine di stabilire la misura oltre la quale si configura l'usura oggettiva, il "tasso soglia di mora" deve essere sommato al "tasso soglia" ordinario (analogamente a quanto previsto da Sez. U, n. 16303/2018, De Chiara, Rv. 649294-01).

È per questo che la Corte (**Sez. 3, n. 26286/2019, D'Arrigo, Rv. 655639-03**) ha evidenziato che, con riguardo agli interessi convenzionali di mora, aventi natura di clausola penale, in quanto consistono nella liquidazione preventiva e forfettaria del danno da ritardato pagamento, trovano contemporanea applicazione l'art. 1815, comma 2, c.c. (che prevede la nullità della pattuizione che oltrepassi il "tasso soglia", che determina la presunzione assoluta di usurarietà, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 108 del 1996) e l'art. 1384 c.c. (secondo cui il giudice può ridurre ad equità la penale il cui ammontare sia manifestamente eccessivo), essendo infatti diversi i presupposti e gli effetti, giacché nel secondo caso la valutazione di usurarietà è rimessa all'apprezzamento del giudice (che solo in via indiretta ed eventuale può prendere a parametro di riferimento il T.E.G.M.) e, comunque, l'obbligazione di corrispondere gli interessi permane, sia pur nella minor misura ritenuta equa.

Sulla scorta di quanto appena riportato, la Corte di cassazione, nella pronuncia in esame (**Sez. 3, n. 26286/2019, D'Arrigo, Rv. 655639-04**), ha poi rilevato che, in materia di rapporti bancari, l'inserimento di una clausola di salvaguardia, in forza della quale l'eventuale fluttuazione del saggio di interessi convenzionale dovrà essere comunque mantenuta entro i limiti del "tasso soglia" antiusura previsto dall'art. 2,

comma 4, l. n. 108 del 1996, trasforma il divieto legale di pattuire interessi usurari nell'oggetto di una specifica obbligazione contrattuale a carico della banca, consistente nell'impegno di non applicare mai, per tutta la durata del rapporto, interessi in misura superiore a quella massima consentita dalla legge. Conseguentemente, in caso di contestazione, graverà sulla banca, secondo le regole della responsabilità *ex contractu*, l'onere della prova di aver regolarmente adempiuto all'impegno assunto.

La statuizione appena riportata si inserisce nel solco di un movimentato percorso interpretativo della giurisprudenza di legittimità, alimentato da contrastanti posizioni della dottrina, che ha valutato, fin'ora con esito negativo, la possibilità di riesaminare l'orientamento allo stato maturato (cfr. Sez. 3, n. 27442/2018, Rossetti, Rv. 651333-02 e **Sez. 3, n. 22890/2019, Vincenti, Rv. 654942-01**).

Si deve comunque tenere presente che subito dopo la decisione appena illustrata, la Prima Sezione Civile, con ordinanza interlocutoria n. 26946/2019 (**Sez. 1, n. 26946/2019, Micolino**), ha trasmesso gli atti di causa al Presidente della Corte per la rimessione alle Sezioni Unite, sollecitando un approfondimento della questione riguardante la riferibilità della disciplina antiusura anche agli interessi moratori, richiedendo in particolare di valutare (alla stregua del tenore letterale dell'art. 644 c.p. e dell'art. 2 l. n. 108 del 1996, delle indicazioni emergenti dai lavori preparatori di quest'ultima legge ed anche delle critiche mosse alla soluzione affermativa, fin'ora sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità) se il principio di simmetria, cui è improntato il sistema della l. n. 108 del 1996, consenta o meno di escludere l'assoggettamento degli interessi di mora alla predetta disciplina, in quanto non costituenti oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del tasso effettivo globale medio, aggiungendo poi, che, qualora si opti per la soluzione contraria, occorre comunque stabilire se, ai fini della verifica in ordine al carattere usurario degli interessi, sia sufficiente la comparazione con il tasso soglia, determinato in base alla rilevazione del tasso effettivo globale medio di cui al comma primo dell'art. 2 cit., o se, viceversa, la mera rilevazione del relativo tasso medio, sia pure a fini dichiaratamente conoscitivi, imponga di verificarne l'avvenuto superamento nel caso concreto, e con quali modalità debba aver luogo tale riscontro.

1.3. I contratti e le operazioni in conto corrente.

Vengono di seguito riportate le decisioni adottate in argomento.

Occorre in primo luogo tenere presente che non necessariamente vi è coincidenza tra titolarità del conto e titolarità del credito in esso portato, considerato che, come evidenziato da **Sez. 3, n. 21963/2019, Gianniti, Rv. 655168-01**, la cointestazione di un conto corrente bancario, salva la prova di una diversa volontà

delle parti, è un atto unilaterale idoneo a trasferire la sola legittimazione ad operare sul conto, ma non anche la titolarità del credito, in quanto il trasferimento della proprietà del contenuto di tale conto (ovvero dell'intestazione del deposito titoli che la banca detiene per conto del cliente) è una forma di cessione del credito (che il correntista ha verso la banca) e, quindi, presuppone un contratto tra cedente e cessionario (nello stesso senso, v. già Sez. 2, n. 13614/2013, Proto, Rv. 626283- 01).

Guardando poi al momento dell'apertura del conto, assume rilievo **Sez. 6-3, n. 11607/2019, Rossetti, Rv. 653801-01**, ove la S.C. ha affermato che la banca è responsabile, a norma dell'art. 1176, comma 2, c.c., nel caso in cui al momento dell'apertura del conto non si sia avveduta, in presenza di un falso grossolano agevolmente riconoscibile, della falsità del documento di riconoscimento esibito da un ignoto truffatore per assumere le generalità altrui (nella specie, la S.C. ha ritenuto esente da critiche la sentenza che aveva escluso la responsabilità della banca *in re ipsa* in forza della mera falsità del documento).

Sempre con riferimento al momento della stipula del contratto, **Sez. 1, n. 12997/2019, Fidanzia, Rv. 654253-01**, ha precisato che l'art. 2 *bis*, comma 1, secondo periodo, d.l. n. 185 del 2008, conv. con modif. in l. n. 2 del 2009, disciplina le condizioni di validità della pattuizione della commissione di massimo scoperto in relazione ai soli contratti di conto corrente bancario affidati, tanto se si configuri come semplice remunerazione legata al solo affidamento, quanto se sia commisurata anche all'effettiva utilizzazione dei fondi, avendo invece il legislatore, con riferimento ai conti correnti non affidati, inteso sanzionare con la nullità tutte le clausole contrattuali che prevedano commissioni per scoperto di conto – indipendentemente dal fatto che siano commisurate alla punta del massimo dello scoperto nel trimestre o alla durata del medesimo scoperto – trattandosi di commissioni non legate a servizi effettivamente resi dalla banca.

Con riguardo invece alle operazioni effettuate in conto corrente, **Sez. 6-1, n. 11395/2019, Falabella, Rv. 653916- 01**, ha rilevato che a tali operazioni si applica il principio di cui all'art. 1829 c.c., richiamato dall'art. 1857 c.c., secondo cui l'accreditamento sul conto del cliente dell'importo di un assegno, trasferito alla banca per l'incasso, deve ritenersi sempre effettuato "salvo incasso" (o "salvo buon fine", o "con riserva di verifica"), con la conseguenza che, se il credito portato dall'assegno non viene soddisfatto dal terzo obbligato, la banca può eliminare la partita dal conto del cliente attraverso uno storno, reintegrando il correntista nelle sue ragioni con la mera restituzione del titolo, non potendo il cliente, ove abbia disposto dell'importo dell'assegno, dolersi che l'istituto di credito abbia dato seguito al suo ordine di pagamento, dovendo il correntista essere consapevole che l'anticipazione operata dalla banca dovrà essere restituita se il titolo, alla scadenza, risulti privo di provvista.

Inoltre, in relazione alla previsione contenuta nell'art. 1853 c.c., che, salvo patto contrario, prevede la compensazione *ex lege* dei saldi attivi e passivi, quando esistono più rapporti o più conti, **Sez. 3, n. 17914/2019, Sestini, Rv. 654439-01**, ha chiarito che l'articolo menzionato prevede un'ipotesi di compensazione tecnica e legale, che non può essere rilevata d'ufficio, essendo il relativo effetto estintivo soggetto ad un onere di dichiarazione, peraltro non necessitante di formule sacramentali, della parte che decida di avvalersene.

Il diritto del correntista ad avere contezza delle operazioni compiute e del loro esito, anche in pendenza di una controversia con la banca, è poi evidenziato in **Sez. 6-1, n. 03875/2019, Dolmetta, Rv. 653135-01**, ove la S.C. ha precisato che il titolare di un rapporto di conto corrente ha sempre diritto ad ottenere dalla banca il rendiconto ai sensi dell'art. 119 TUB, anche in sede giudiziaria, fornendo la sola prova dell'esistenza del rapporto contrattuale, non potendo ritenersi corretta una diversa soluzione, fondata sul disposto di cui all'art. 210 c.p.c. (che porterebbe a rigettare la richiesta di esibizione, in ragione del fatto che il cliente, prima del processo, avrebbe potuto avvalersi del disposto dell'art. 119 TUB), perché un istituto di protezione del cliente non può convertirsi in uno strumento di penalizzazione del medesimo, trasformando la sua richiesta di documentazione da libera facoltà ad onere vincolante.

Sempre con riferimento alla pendenza del rapporto di conto corrente, **Sez. 1, n. 31921/2019, Scotti, Rv. 655954-01**, ha affermato che il prolungato inadempimento del correntista all'obbligo di rientrare dall'esposizione debitoria, legittima la banca alla segnalazione alla Centrale Rischi del suo credito come "in sofferenza", atteso che, ai fini di tale segnalazione, la nozione di insolvenza non si identifica con quella propria fallimentare, ma si concretizza in una valutazione negativa della situazione patrimoniale, apprezzabile come "deficitaria" ovvero come di "grave difficoltà economica", senza alcun riferimento al concetto di incapacienza o irrecuperabilità (nello stesso senso, v. già Sez. 3, n. 26361/2014, Ambrosio, Rv. 633869-01).

In tema di azioni esperibili da terzi in pendenza del rapporto di conto corrente, si deve invece menzionare **Sez. 3, n. 23330/2019 Fiecconi, Rv. 655095-01**, che – in una particolare fattispecie, in cui era stata proposta azione contro la banca e il cliente di quest'ultima, titolare di un deposito in conto corrente, al fine di ottenere in restituzione somme di danaro confluite nel menzionato conto a seguito di una truffa informatica – ha ritenuto trattarsi di azione di rivendicazione *ex art.* 948 c.c., avente ad oggetto le somme confluite nel deposito bancario, individuate nel loro preciso ammontare, essendo volta ad ottenere il possesso della *res* depositata e l'esercizio dei relativi diritti, compreso quello di riscuotere il *tantundem* dell'importo depositato, comprensivo dei frutti nel frattempo maturati.

La Corte ha anche precisato che il corrispondente obbligo di restituzione riguarda l'intero ammontare esistente in conto al momento della domanda giudiziale e non quello residuo al momento della decisione (in applicazione di tale principio, è stata cassata la decisione di merito, nella parte in cui aveva ritenuto che l'azione fosse riferibile solo alla somma residua giacente sul conto, riconoscendo al rivendicante il diritto di ricevere dalla banca soltanto l'importo pari al saldo al tempo della richiesta di restituzione).

Alcune pronunce hanno affrontato il tema della rideterminazione del saldo del conto, conseguente all'accertamento dell'invalidità di alcune clausole contrattuali, che hanno influenza sui reciproci rapporti di debito e credito tra banca e cliente.

Tale questione non deve essere confusa con quella che attiene alla prova del titolo su cui si fonda la richiesta di ripetizione del cliente, tenuto conto che, come pure precisato da **Sez. 6-1, n. 33009/2019, Falabella, Rv. 656511 - 01**, in questo caso, l'attore in ripetizione, che alleggi l'invalida pattuizione di tali clausole, è onerato della prova dell'assenza della *causa debendi*, attraverso la produzione in giudizio del documento contrattuale, senza poter invocare il principio della vicinanza della prova, tenuto conto che anche al cliente viene consegnato il documento contrattuale, al momento della stipula, e che comunque, in caso di mancata conservazione dello scritto, può fare ricorso all'art. 2724, n. 3, c.c., che ammette la prova testimoniale, ove la parte abbia senza colpa perduto il documento che gli forniva la prova.

Con riferimento al tema della rideterminazione del saldo, invece, **Sez. 1, n. 09526/2019, Iofrida, Rv. 653244-01**, ha affermato che, nei rapporti bancari in conto corrente, una volta esclusa la validità di talune pattuizioni relative agli interessi a carico del correntista, la rideterminazione del saldo del conto deve avvenire attraverso la produzione in giudizio dei relativi estratti a partire dalla data della sua apertura. Tuttavia, non trattandosi di prova legale esclusiva, all'individuazione del saldo finale possono concorrere anche altre prove documentali e gli argomenti di prova, desunti dalla condotta processuale tenuta del medesimo correntista (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza della corte d'appello, che aveva respinto integralmente la domanda della banca di condanna del correntista al pagamento del saldo passivo, in mancanza di un solo estratto conto relativo ad un periodo in cui il correntista aveva ammesso l'assenza di movimentazioni nel rapporto).

Nell'esaminare la stessa questione, **Sez. 1, n. 11543/2019, Falabella, Rv. 653906-01**, ha evidenziato che, in tali evenienze, occorre distinguere il caso in cui il correntista sia convenuto da quello in cui sia attore in giudizio.

Secondo la S.C., ove sia la banca ad agire in giudizio, e il primo degli estratti conto prodotti rechi un saldo iniziale a debito del cliente, è infatti consentito valorizzare tutte le prove atte a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato al principio del periodo per cui risultano prodotti gli estratti conto. È

possibile poi prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che, pur non fornendo indicazioni atte a ricostruire l'evoluzione del rapporto, consentono quantomeno di escludere che il correntista, nel periodo per cui gli estratti sono mancanti, abbia maturato un indeterminato credito, piuttosto che un debito, nei confronti della banca. In quest'ultima ipotesi è possibile assumere, come dato di partenza per la rielaborazione delle successive operazioni documentate, il saldo zero. In mancanza di elementi nei due sensi indicati la domanda della banca andrà respinta per il mancato assolvimento dell'onere della prova incombente su di lei, che ha intrapreso il giudizio. Ove invece sia il correntista ad agire per la ripetizione, e il primo degli estratti conto prodotti rechi un saldo iniziale a suo debito, è del pari legittimo ricostruire il rapporto con le prove che offrano indicazioni certe e complete e che diano giustificazione del saldo riferito a quel momento. È inoltre possibile prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che consentano di affermare che il debito nel periodo non documentato sia inesistente o inferiore al saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che addirittura in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso. In mancanza di elementi nei due sensi indicati dovrà assumersi, come dato di partenza per la rielaborazione delle successive operazioni documentate, il detto saldo. Il totale rigetto della domanda, nella prima ipotesi, e non nella seconda, si spiega facilmente, afferma la Corte, perché, ove la banca sia attrice, quest'ultima deve fornire una base certa per la rielaborazione del conto e tale base non è offerta se la medesima non riesca ad eliminare l'incertezza quanto al fatto che al momento iniziale del periodo rendicontato il correntista potesse essere creditore di un importo di indeterminato ammontare. Ove invece la banca assuma la veste di convenuta, è il correntista a dover dissolvere l'incertezza relativa al pregresso andamento del rapporto, sicché, in assenza di contrari riscontri, la base di calcolo potrà attestarsi sul saldo iniziale del primo degli estratti conto acquisiti al giudizio, che, nel quadro delle risultanze di causa, è il dato più sfavorevole allo stesso attore.

Diversa è naturalmente l'ipotesi in cui tanto la banca che il correntista si facciano attori, in modo che nella medesima causa si fronteggino due diverse domande, l'una spiegata in via principale e l'altra in via riconvenzionale, essendo anche in questa ipotesi necessario valorizzare tutti i dati che rendano possibile individuare un saldo iniziale.

Connessa alla problematica appena illustrata è quella riguardante l'onere di allegazione (e di prova) riferito all'eccezione di prescrizione, che formuli la banca, per paralizzare la richiesta di restituzione del cliente, che, in caso di accoglimento, incide sulla concreta determinazione del saldo a debito o a credito del cliente.

In via generale, come pure ribadito da **Sez. 1, n. 24051/2019, Laura Tricomi, Rv. 655345- 01**, si deve tenere presente che l'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenti la nullità della clausola di

capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici, maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, decorrente, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. In tale ipotesi infatti ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizionale del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del *solvens* con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'*accipiens*.

È sufficiente, in questa sede, ricordare che tale ricostruzione è espressione di un orientamento oramai monolitico, formatosi a seguito di un'importante pronuncia a Sezioni Unite (Sez. U, n. 24418, Rordorf, Rv. 615489-01).

In ordine al modo in cui deve essere formulata l'eccezione di prescrizione sopra menzionata, ai fini dell'ammissibilità della stessa, assume fondamentale importanza **Sez. U, n. 15895/2019, Sambito, Rv. 654580-01**, ove, a risoluzione del contrasto interpretativo insorto, si è precisato che, in tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione, gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia agito in ripetizione delle somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte.

Le Sezioni Unite hanno evidenziato – in linea con i principi rinvenibili in tema di onere di allegazione in generale e anche in particolare (riferito cioè alla specifica eccezione di prescrizione), sinteticamente illustrati – che non deve ritenersi necessaria l'indicazione del *dies a quo* del decorso della prescrizione, perché l'elemento qualificante dell'eccezione di prescrizione è la sola allegazione dell'inerzia del titolare del diritto, che costituisce, appunto, il fatto principale, al quale la legge riconnette l'invocato effetto estintivo. Richiedere al convenuto, ai fini della valutazione di ammissibilità dell'eccezione, che tale inerzia sia “particolarmente connotata” in riferimento al termine iniziale della stessa – e dunque individuando, e specificando, le diverse rimesse ritenute solutorie – comporta l'introduzione, sia pur indiretta, di una nuova tipizzazione delle diverse forme di prescrizione, che le stesse Sezioni Unite hanno da tempo, e in modo condiviso, voluto espressamente evitare (Sez. U, n. 10955/2002, Evangelista, Rv. 556223-01).

Come precisato in sentenza, il problema della specifica indicazione delle rimesse solutorie non è eliminato, ma viene condotto nel piano suo proprio, che non è quello delle allegazioni, ma quello della prova, sicché il giudice, una volta ritenuta l'ammissibilità dell'eccezione, è poi chiamato a valutare la fondatezza delle contrapposte tesi al lume del riparto dell'onere probatorio, se del caso avvalendosi di una consulenza tecnica a carattere percipiente.

In tale senso, si era già orientata **Sez. 1, n. 02660/2019, Nazzicone, Rv. 652622-01**, affermando che, in materia di contratto di conto corrente bancario, poiché la decorrenza della prescrizione è condizionata al carattere solutorio, e non meramente ripristinatorio, dei versamenti effettuati dal cliente, essa matura sempre dalla data del pagamento, qualora il conto risulti in passivo e non sia stata concessa al cliente un'apertura di credito, oppure i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento. Ne discende che, eccepita dalla banca la prescrizione del diritto alla ripetizione dell'indebito per decorso del termine decennale dal pagamento, è onere del cliente provare l'esistenza di un contratto di apertura di credito, che qualifichi quel versamento come mero ripristino della disponibilità accordata.

E nella stessa linea si è posta **Sez. 1, n. 31927/2019, Falabella, Rv. 656479 - 01**, ove la S.C. ha affermato che a seguito della formulazione dell'eccezione di prescrizione, sollevata con riferimento alla domanda di ripetizione di indebito del correntista, è quest'ultimo ad essere onerato della prova dell'esistenza del contratto di apertura di credito, incidente sulla natura delle rimesse poste in essere oltre il decennio, fermo restando che il giudice del merito è tenuto a valorizzare la prova ritualmente acquisita al riguardo, indipendentemente da una specifica allegazione del correntista circa la stipula del contratto in questione.

1.4. Altri contratti bancari.

Vengono di seguito raggruppate le pronunce della S.C., adottate nel corso del 2019, con le quali sono stati esaminati altri contratti bancari tipici e anche contratti comuni, che tuttavia si connotano particolarmente in ragione dell'inerenza a rapporti o ad operazioni bancarie.

In tema di mutuo fondiario, **Sez. 3, n. 17439/2019, De Stefano, Rv. 654435-01**, ha rilevato che il limite di finanziabilità previsto dall'art. 38, comma 2, TUB non esaurisce i suoi effetti sul piano della condotta dell'istituto di credito mutuante, ma è elemento essenziale per la valida qualificazione del contratto di mutuo come fondiario e quindi, per l'applicabilità della relativa disciplina di privilegio, sostanziale e processuale, in favore del creditore. Pertanto, il superamento di tale limite comporta, tanto ove sia necessario inferirne la nullità dell'intero contratto, salva la

conversione *ex art.* 1424 c.c., quanto ove sia sufficiente la riqualificazione di quello come mutuo ordinario con disapplicazione della disciplina di privilegio, la sicura non operatività della norma che esenta il creditore fondiario dall'obbligo di previa notifica del titolo esecutivo ai sensi dell'art. 41, comma 1, TUB.

Con riferimento al contratto di sconto, **Sez. 6-1, n. 09896/2019, Scaldaferrì, Rv. 653702-01**, ha precisato che, per tale contratto, l'onere della forma scritta non era previsto, né *ad probationem* né *ad substantiam*, prima dell'entrata in vigore della l. n. 154 del 1992 sulla trasparenza bancaria, che conteneva, in materia di forma dei contratti, una disposizione analoga a quella poi prevista dall'art. 117 TUB.

Nell'esaminare alcune operazioni ordinariamente compiute dalla banca in favore dei propri clienti, **Sez. 1, n. 20640/2019, Scotti, Rv. 654950-01**, ha ritenuto che la banca, nell'accettare l'ordine di pagamento del cliente in favore del terzo, assume gli obblighi del mandatario, che ricomprendono non solo il diligente compimento degli atti per i quali il mandato stesso è stato conferito, ma anche degli atti preparatori e strumentali, nonché di quelli ulteriori che, dei primi, costituiscano il necessario complemento, e comporta altresì il dovere di informare tempestivamente il mandante della eventuale mancanza o inidoneità dei documenti occorrenti all'esatto espletamento dell'incarico (nella specie, la S.C. ha ritenuto configurabile la responsabilità della banca, che aveva accettato di provvedere al pagamento mediante modulo F24 richiesto dal proprio cliente in favore del terzo, ma, non essendo andato a buon fine il versamento a causa dell'errata compilazione del modulo da parte del cliente, non aveva poi provveduto a darne tempestivamente comunicazione al mandante, che lamentava di avere in conseguenza subito un danno patrimoniale).

L'utilizzo di somme da parte di un istituto di credito per ripianare la pregressa esposizione debitoria del correntista, con contestuale costituzione in favore della banca di una garanzia reale, è stata poi ritenuta (**Sez. 1, n. 20896/2019, Dolmetta, Rv. 655022-01**) un'operazione meramente contabile nei rapporti di dare e avere sul conto corrente, non inquadrabile nel mutuo ipotecario, il quale presuppone sempre l'avvenuta consegna del denaro dal mutuante al mutuatario, precisando inoltre che tale operazione determina, di regola, gli effetti del *pactum de non petendo ad tempus*, restando modificato soltanto il termine per l'adempimento, senza alcuna novazione dell'originaria obbligazione del correntista.

Il giudice di legittimità (**Sez. 2, n. 02688/2019, Oricchio, Rv. 652429-01**) si è anche pronunciato sulla cosiddetta assicurazione fideiussoria, rilevando che essa è strutturalmente costruita secondo lo schema del contratto a favore di terzo. Ha quindi evidenziato che la medesima costituisce una figura contrattuale intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione, contraddistinta dall'assunzione dell'impegno da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione di pagare un

determinato importo al beneficiario, onde garantirlo, nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente.

Infine, con riferimento alla prelazione pignoratizia per i crediti bancari, **Sez. 1, n. 15421/2019, Dolmetta, Rv. 654651-01**, ha evidenziato che il comma 4 dell'art. 2787 c.c. stabilisce un regime agevolato circa la prova del tempo della costituzione della garanzia (senza incidere sulla disciplina delle altre condizioni richieste dai commi 2 e 3 per l'operare della prelazione), che esenta le banche regolarmente autorizzate all'esercizio dell'attività bancaria *ex* art. 14 TUB dall'onere di provare la data certa, non per tutte le operazioni bancarie garantite (anche o solo) da pegno, ma per le sole operazioni di "credito su pegno" previste dall'art. 48 TUB e disciplinate dalla l. n. 745 del 1939, oltre che dal r.d. n. 1279 del 1939, aggiungendo anche che il comma 4 cit. non esclude che, per poter fruire della prelazione, le banche debbano fornire sufficiente indicazione scritta della cosa ricevuta in garanzia mediante la "polizza" o "altra scrittura" di enti debitamente autorizzati al compimento di dette operazioni, documentazione non sovrapponibile alle scritture private con data certa di cui al comma 3 (nella specie, la S.C. ha escluso l'operatività della prelazione con riferimento al credito della banca nei confronti del cliente fallito documentato da missive recanti un generico riferimento all'esistenza di titoli dati in garanzia).

2. Gli assegni.

Numerose sono le pronunce della Corte di cassazione che hanno esaminato la disciplina degli assegni, soprattutto bancari, sotto molteplici punti di vista.

In termini generali, **Sez. 2, n. 33428/2019, Oliva, Rv. 656319-01**, ha affermato che, in base alla regola di correttezza posta dall'art. 1175 c.c., l'obbligazione del debitore si estingue a seguito della mancata tempestiva presentazione all'incasso dell'assegno bancario da parte del creditore, che in tal modo viene meno al suo dovere di cooperare in modo leale e fattivo all'adempimento del debitore. Se, quindi, il creditore omette, violando la predetta regola di correttezza, di compiere gli adempimenti necessari affinché il titolo sia pagato, nei termini di legge, dalla banca trattaria (o da altro istituto bancario), tale comportamento omissivo deve essere equiparato a tutti gli effetti di legge all'avvenuta esecuzione della diversa prestazione, con conseguente estinzione dell'obbligazione, *ex* art. 1197 c.c.

Confrontando poi le caratteristiche dell'assegno circolare e quelle dell'assegno bancario, **Sez. 6-3, n. 11387/2019, Pellicchia, Rv. 653798-01**, ha evidenziato le differenze esistenti, escludendo pertanto l'applicazione analogica all'assegno circolare delle disposizioni dettate per l'assegno bancario dagli artt. 32 e 35 r.d. n. 1736 del 1933, sicché, ove l'assegno circolare venga presentato all'incasso oltre il termine previsto dal suddetto art. 32, la banca emittente non può legittimamente rifiutare il

pagamento, in attesa dell'autorizzazione del richiedente l'emissione del titolo (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva rigettato la domanda di risarcimento del danno proposta dal beneficiario di alcuni assegni circolari nei confronti della banca emittente, la quale ne aveva rifiutato la liquidazione, in attesa dell'autorizzazione del richiedente, in ragione del fatto che erano stati presentati all'incasso a quasi un anno di distanza dalla loro emissione).

Con riferimento al pagamento degli assegni bancari, **Sez. 1, n. 17592/2019, Guido, Rv. 654426-01**, ha comunque rilevato che l'istituto di credito è tenuto ad assicurare il necessario coordinamento organizzativo tra le filiali – le quali non posseggono una soggettività giuridica distinta da quella della banca, di cui sono mere articolazioni – in modo da garantire un assetto coerente ed unitario nei rapporti esterni, assicurando la massima celerità delle comunicazioni, così contenendo il rischio che, nel lasso di tempo intercorrente tra la presentazione del titolo ad una filiale e la sua trasmissione a quella trattaria, il correntista faccia venire meno la provvista necessaria per il pagamento dell'assegno. Il grave ritardo nell'esecuzione di quest'ultima operazione integra, dunque, per la Corte, un comportamento colposo della banca, che può determinare un'indebita alterazione dell'ordine cronologico dei pagamenti ed ingenerare la responsabilità dell'istituto di credito per i danni arrecati.

Sempre in ordine al pagamento degli assegni bancari, si deve menzionare **Sez. 1, n. 12048/2019, Scalia, Rv. 653770-01**, ove la S.C. ha precisato che, qualora un assegno bancario venga versato dal prenditore presso la propria banca, e questa, accreditato l'importo al versante, non sia poi in grado di ripeterlo dalla banca trattaria per smarrimento del titolo, l'emittente dell'assegno medesimo, che veda estinguere il suo debito verso il prenditore non per fatti inerenti al relativo rapporto sottostante, e senza subire alcuna decurtazione del proprio conto corrente, ma esclusivamente per effetto del soddisfacimento del prenditore stesso a seguito dell'accredito operato in suo favore, ottiene un'indebita locupletazione e resta conseguentemente assoggettato all'azione di arricchimento della banca del prenditore, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 2041 c.c.

Si deve comunque tenere presente, come pure affermato da **Sez. 1, n. 09523/2019, Valitutti, Rv. 653686-01**, che la banca girataria per l'incasso, oltre ad essere mandataria del prenditore girante, è altresì sostituta della banca trattaria nel pagamento cui quest'ultima è obbligata nei confronti del cliente, e questo comporta che su di essa incombe l'onere di verificare quelle condizioni di legittimità dell'operazione che, al momento della presentazione del titolo, sono effettivamente controllabili, quale l'identità del presentatore, ma non importa che ogni verifica necessaria per il pagamento dell'assegno sia a suo carico, come il controllo della regolarità delle girate, non potendosi ritenere che la banca trattaria resti, per parte sua, esonerata dal compito di controllare la materiale genuinità dell'assegno che le è

richiesto di pagare e che, proprio per questo motivo, deve essere trasmesso dalla banca girataria a quella trattaria prima che questa provveda al pagamento (nello stesso senso, v. già Sez. 1, n. 18642/2005, Rordorf, Rv. 583493-01).

Ancora in tema di pagamento degli assegni bancari, **Sez. 3, n. 31879/2019, Cigna, Rv. 656503 - 01**, ha ribadito che non è legittimato a pretendere il pagamento il mero possessore di un assegno bancario, che non risulti né prenditore né giratario dello stesso, se non dimostrando l'esistenza del rapporto giuridico da cui deriva tale credito, poiché il semplice possesso del titolo non ha un significato univoco ai fini della legittimazione, non potendo escludersi che l'assegno sia a lui pervenuto abusivamente (nello stesso senso, Sez. 1, n. 15688/2013, Lamorgese, Rv. 627233-01).

La Corte ha anche precisato che, in questi casi, l'assegno non può valere neppure come promessa di pagamento, in applicazione dell'art. 1988 c.c., atteso che l'inversione dell'onere della prova, prevista da tale disposizione, opera solo nei confronti del soggetto cui la promessa sia stata effettivamente fatta, sicché il mero possessore di un titolo all'ordine privo di valore cartolare, che non risulti tale dal documento, deve fornire la prova della promessa a suo favore.

Passando ad esaminare le decisioni che si sono occupate del mancato pagamento dell'assegno, si deve subito richiamare **Sez. 6-3, n. 11607/2019, Rossetti, Rv. 653801-02**, che, con riferimento all'assegno bancario privo di provvista, ha precisato che il protesto deve essere levato al nome delle persone cui è “esteriormente riferibile” la titolarità del conto ma, nel caso di manifesta difformità tra la firma di traenza apposta sull'assegno e lo “*specimen*” in possesso della banca, quest'ultima ha l'obbligo di evitare che il protesto dell'assegno sia levato al nome del correntista ed è gravata, di conseguenza, dell'onere di dichiarare che è titolare di quel conto di traenza un soggetto diverso da quello il cui nome figura nella sottoscrizione dell'assegno, specificando che al nome di quest'ultimo nessun conto di traenza esiste presso di essa (in applicazione del principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito che, esclusa la responsabilità della banca al momento dell'apertura del conto, effettuata da un ignoto truffatore sulla base di documenti falsi, non aveva ritenuto responsabile l'istituto di credito neppure per avere successivamente dichiarato, in mancanza di provvedimenti dell'autorità giudiziaria che attestassero la perpetrata truffa, l'assenza di provvista al momento della presentazione del titolo all'incasso).

In argomento si è pronunciata anche **Sez. 1, n. 23719/2019, Meloni, Rv. 655341-01**, la quale ha analogamente ritenuto che, solo nel caso di sottoscrizione dell'assegno con un nome chiaramente e totalmente diverso da quello del titolare del conto, il protesto va levato a nome di detto traente inesistente, essendo ciò sufficiente nei rapporti fra giratari per la tutela dei rispettivi diritti, mentre nell'ipotesi di semplice contraffazione della firma del titolare del conto il protesto va levato con riferimento

a quest'ultimo (nell'enunciare il principio, la Corte ha confermato il rigetto della domanda di risarcimento del danno reputazionale del correntista, conseguito al protesto levato a suo nome, ritenendo non decisiva la circostanza che il furto del *carnet* di assegni era stato denunciato dal correntista e da questo portato tempestivamente a conoscenza della banca).

Numerose sono poi le pronunce che hanno affrontato la questione legata al pagamento di assegni a soggetti che poi sono risultati non essere i veri beneficiari del titolo.

In via generale, **Sez. 6-1, n. 17737/2019, Laura Tricomi, Rv. 654718-01**, ha affermato che, in questi casi, la banca negoziatrice, chiamata a rispondere del danno derivato, è ammessa a provare che l'inadempimento non è a lei imputabile, ma, trattandosi di operatore professionale qualificato, contrattualmente responsabile anche per colpa lieve in virtù del combinato disposto degli artt. 1176, comma 2, c.c. e 43, comma 2, r.d. n. 1736 del 1933, è tenuta ad offrire una prova liberatoria in grado di escludere anche tale colpa (fattispecie relativa al pagamento di un assegno di traenza, inviato al beneficiario a mezzo posta ordinaria e pagato ad un soggetto che poi si è rivelato estraneo al rapporto cartolare).

La decisione si pone in linea con Sez. U, n. 12477/2018, Cristiano, n. 648275-01, secondo la quale, ai sensi dell'art. 43, comma 2, del r.d. n. 1736 del 1933, la banca negoziatrice, chiamata a rispondere del danno derivato dal pagamento dell'assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola non trasferibilità a persona diversa dall'effettivo beneficiario, è ammessa a provare che l'inadempimento non le è imputabile, per aver essa assolto alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c. (conf. Sez. 6-1, n. 25581/2018, Nazzicone, Rv. 651353 - 01).

Proprio nel valutare lo *standard* di diligenza esigibile, **Sez. 1, n. 34107/2019, Amatore, Rv. 656755-01**, ha escluso la possibilità di fondare il giudizio di responsabilità (contrattuale) della banca sulla base delle indicazioni contenute in una raccomandazione ABI – ove era segnalata l'opportunità di richiedere al portatore del titolo, non uno, ma due documenti identificativi, dotati di fotografia – perché, nel caso di specie, tale raccomandazione non poteva ritenersi dotata di cogenza negoziale, considerato che semplicemente segnalava una prassi operativa, che peraltro non era riconducibile a *standard* valutativi di matrice sociale o ordinamentale e non avrebbe escluso la possibilità della contraffazione anche del secondo documento identificativo.

Una volta ritenuta sussistente la responsabilità della banca negoziatrice, la S.C. ha poi esaminato la questione della determinazione del danno.

Così **Sez. 3, n. 01049/2019, Fieconci, Rv. 652685-01**, ha rilevato che, in questi casi, ove il pagamento a soggetto non legittimato sia attribuibile a negligenza della

banca negoziatrice, ai fini della valutazione comparativa dell'incidenza o meno della colpa del creditore-emittente nella determinazione del danno, da accertare in concreto e alla luce del principio di causalità adeguata, non rilevano né il rischio generico assunto dall'emittente nell'affidarsi al servizio postale ordinario, né le modalità con le quali è stato spedito il plico postale.

Negli stessi identici termini si è espressa **Sez. 3, n. 31300/2019, Scrima, Rv. 656180-01**.

Anche **Sez. 1, n. 12984/2019, Valitutti, Rv. 654250-01**, ha affermato che la spedizione di un assegno non trasferibile di rilevante importo, effettuata dal traente al beneficiario a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno, o mediante posta ordinaria, non assume alcun rilievo causale in riferimento all'evento produttivo del danno, lamentato dallo stesso traente, determinatosi in ragione del successivo pagamento dell'assegno ad un soggetto estraneo al rapporto cartolare.

L'evento dannoso è dalla S.C. ascritto unicamente alle condotte colpose realizzate dalla banca che ha posto il titolo all'incasso e da quella che lo ha presentato in stanza di compensazione, nonostante l'evidente falsificazione del nome del beneficiario, escludendo la possibilità di invocare, al fine di radicare una concorrente responsabilità del traente, la disciplina degli artt. 83 e 84 d.P.R. n. 156 del 1973, sul divieto di includere nella corrispondenza ordinaria denaro, oggetti preziosi e carte di valore, giacché attinente ai soli rapporti tra l'ente postale e i suoi utenti.

La questione è comunque destinata ad essere compiutamente valutata dalle Sezioni Unite della Corte, quale questione di massima di particolare importanza, tenuto conto che con tre distinte ordinanze interlocutorie (**Sez. 1, n. 20900/2019, Solaini; Sez. 1, n. 22015/2019, Nazzicone; Sez. 1, n. 22016/2019, Nazzicone**), la Prima Sezione Civile ha trasmesso gli atti al Presidente della Corte, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., perché valutino *“se possa ravvisarsi un concorso del fatto colposo del danneggiato, ai sensi dell'art. 1227, comma 1 c.c., nella spedizione di un assegno a mezzo posta – sia essa ordinaria, raccomandata o assicurata – con riguardo al pregiudizio patito dal debitore che non sia liberato dal pagamento, in quanto il titolo venga trafugato e pagato a soggetto non legittimato in base alla legge cartolare di circolazione”*.

Nelle ordinanze interlocutorie appena menzionate viene evidenziata la necessità di esaminare in modo nuovo la menzionata questione, considerando in particolare se, in base all'art. 1227, comma 1, c.c. e tenuto conto del regolamento postale e degli altri atti generali dell'ente poste, la scelta di spedire un assegno a mezzo posta, in particolare utilizzando un'opzione che non permetta di seguire il plico e la sua consegna, sia davvero causalmente neutra, al fine di affermare la responsabilità esclusiva del banchiere che abbia pagato quell'assegno, trafugato e poi messo all'incasso dal non legittimato.

3. Gli altri titoli di credito.

Nell'anno in rassegna la Corte di cassazione ha esaminato, quali titoli di credito diversi dall'assegno, la cambiale, i buoni postali fruttiferi e, pur nei limiti di seguito illustrati, i certificati di partecipazione ai fondi comuni d'investimento di cui all'art. 36 TUF.

In tema di cambiale, e con specifico riferimento al rinnovo del titolo, **Sez. 3, n. 21769/2019, Rossetti, Rv. 654928-01**, ha precisato che l'avallante di una cambiale può opporre al portatore l'avvenuto rinnovo del titolo solo nel caso in cui tale rinnovo configuri, per espressa volontà delle parti, novazione dell'obbligazione cambiaria, e, cioè, estinzione di quella portata dal titolo rinnovato, non anche nell'ipotesi in cui, difettando l'*animus novandi*, il rinnovo stesso vada considerato quale mera proroga della scadenza del titolo (in senso totalmente conforme, v. già Sez. 3, n. 04532/1976, Bologna, Rv. 383250-01).

Per quanto riguarda i buoni postali fruttiferi, si deve invece richiamare **Sez. U, n. 03963/2019, Rv. 652851-01**, ove le Sezioni Unite hanno affermato che la disciplina contenuta nell'abrogato art. 173 d.P.R. n. 156 del 1973, come novellato dall'art. 1 del d.l. n. 460 del 1974, conv. in l. n. 588 del 1974 – che consentiva variazioni, anche *in pejus*, del tasso di interesse sulla base di decreti ministeriali – continua a trovare applicazione ai rapporti in essere alla data di entrata in vigore del d.m. del Tesoro 19 dicembre 2000, emanato in attuazione della norma abrogatrice di cui all'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 284 del 1999, atteso che quest'ultima, da un lato, aveva previsto la perdurante applicabilità delle norme anteriori ai rapporti in corso alla data di entrata in vigore dei decreti destinati a stabilire le nuove caratteristiche dei buoni fruttiferi postali, e, dall'altro lato, nello stabilire che detti decreti avrebbero potuto regolare l'applicabilità delle nuove norme ai rapporti già in essere con una disciplina più favorevole ai risparmiatori, aveva posto una previsione di contenuto adattativo e non vincolante per il decreto ministeriale, sicché l'art. 9 del citato d.m. 19 dicembre 2000, nel ribadire che i buoni fruttiferi postali delle serie già emesse al momento della sua entrata in vigore restano soggetti alla previgente disciplina, non si è posto in conflitto con una norma di rango superiore.

Nella stessa linea si era peraltro già pronunciata Sez. 1, n. 19002/2017, Acierno, Rv. 645079-02, rilevando, sempre con riferimento alla disciplina dei buoni postali fruttiferi dettata dal testo unico approvato con il d.P.R. n. 156 del 1973, che il vincolo contrattuale tra emittente e sottoscrittore dei titoli si forma sulla base dei dati risultanti dal testo dei buoni di volta in volta sottoscritti, con la conseguenza che il contrasto tra le condizioni, in riferimento al saggio degli interessi, apposte sul titolo e quelle stabilite dal d.m. che ne disponeva l'emissione deve essere risolto dando la prevalenza alle prime, essendo contrario alla funzione stessa dei buoni postali –

destinati ad essere emessi in serie, per rispondere a richieste di un numero indeterminato di sottoscrittori – che le condizioni alle quali l'amministrazione postale si obbliga possano essere, sin da principio, diverse da quelle espressamente rese note al risparmiatore all'atto della sottoscrizione del buono.

In materia di fondi comuni di investimento, assume fondamentale rilievo **Sez. 1, n. 14325/2019, Amatore, Rv. 653889-01**, ove la S.C. ha affermato che i certificati nominativi di partecipazione ai fondi comuni di investimento, previsti dall'art. 36, comma 5, TUF posseggono la natura giuridica di titoli di credito, giacché incorporano il diritto alla prestazione e possono circolare limitatamente ad uno dei soggetti partecipanti al fondo, come è confermato dalla norma citata che ne prevede espressamente il carattere nominativo o al portatore, secondo caratteristiche tipiche anche dei titoli di credito, proprio in relazione alla loro funzione di libera circolabilità.

In precedenza, la medesima Corte aveva escluso la riconducibilità delle partecipazioni al fondo alla disciplina dei titoli di credito, proprio in considerazione della mancanza nelle singole fattispecie del menzionato certificato.

In particolare, Sez. 1, n. 28900/2011, Di Virgilio, Rv. 620999-01 e Sez. 3, n. 10990/2003, Calabrese, Rv. 565017-01, hanno affermato che la mera partecipazione ad un fondo comune di investimento, in assenza di un certificato individuale, autonomo e separato, costituisce non un titolo di credito nei confronti del fondo, ma solo un credito, rappresentato dall'obbligo della società di investimento di gestire il fondo e di restituirgli il valore delle quote di partecipazione, così consentendo la costituzione del pegno sulla quota di partecipazione al menzionato fondo, solo nel rispetto della disciplina prevista dall'art. 2800 c.c. per il pegno di crediti (e cioè la notifica della costituzione del pegno al debitore ovvero la sua accettazione con atto di data certa).

Per quanto riguarda, in generale, la natura dei fondi comuni d'investimento, si rinvia a quanto *infra* illustrato.

4. L'intermediazione finanziaria in generale.

Vengono di seguito esaminate le pronunce adottate dalla S.C., nell'anno in rassegna, relative all'attività di intermediazione finanziaria, svolta dalle banche e dagli altri soggetti abilitati.

Le statuizioni adottate riguardano principalmente la prestazione dei servizi d'investimento, ma la Corte si è interessata anche dell'offerta al pubblico di strumenti finanziari e dei fondi comuni d'investimento.

Per quanto riguarda le pronunce che hanno esaminato le condotte rilevanti ai fini dell'applicazione di sanzioni amministrative, si rinvia alla parte di questa rassegna dedicata a questo argomento.

In generale, si deve comunque tenere presente che, in tale materia, le figure negoziali sono in continua evoluzione e acquistano caratteri di tipicità sociale con estrema velocità, sicché il ruolo del giudice è sempre più quello di ricondurre a sistema la singola figura, al fine di individuare la specifica disciplina, anche di settore, applicabile.

In tale ottica, assume rilievo **Sez. 3, n. 06319/2019, Di Florio, Rv. 653250-01**, che, con riferimento ad un contratto di assicurazione sulla vita, stipulato prima dell'entrata in vigore della l. n. 262 del 2005 e del d.lgs. n. 303 del 2006 - guardando al caso in cui sia stabilito che le somme corrisposte dall'assicurato a titolo di premio vengano versate in fondi di investimento interni o esterni all'assicuratore e che, alla scadenza del contratto o al verificarsi dell'evento in esso dedotto, l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere all'assicurato una somma pari al valore delle quote del fondo mobiliare in quel momento (polizze denominate *unit linked*) - ha affermato che il giudice di merito, al fine di stabilire se l'impresa emittente, l'intermediario e il promotore abbiano violato le regole di leale comportamento previste dalla specifica normativa e dall'art. 1337 c.c., deve interpretare il contratto, e tale interpretazione non è censurabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivata, in modo tale da accertare se esso, al di là del *nomen iuris* attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di *performance* sia per intero addossato all'assicurato).

5. I servizi di investimento.

Vengono illustrate dapprima le decisioni che si sono pronunciate sul tema della nullità dei contratti-quadro e poi quelle che hanno verificato la sussistenza o meno dell'inadempimento dell'intermediario, per lasciare infine spazio a una fattispecie meritevole di attenzione per la sua peculiarità.

5.1. Le nullità contrattuali e le statuizioni conseguenti.

In argomento si deve subito menzionare **Sez. 1, n. 16106/2019, Falabella, Rv. 654626-01**, ove la S.C. ha precisato che, in tema di contratti di investimento, la pattuizione relativa alle modalità con cui devono essere impartiti i singoli ordini costituisce elemento essenziale del contratto-quadro e soggiace all'obbligo della forma scritta, a norma degli artt. 23, comma 1, TUF e 30, comma 2, lett. c), reg. Consob n. 11522 del 1998, potendo dunque essere revocata, o modificata, solo attraverso un nuovo accordo da adottarsi nella medesima forma.

Per quanto riguarda la clausola di determinazione del corrispettivo spettante all'intermediario, assume invece rilievo **Sez. 1, n. 01452/2019, Iofrida, Rv. 652804-02**, ove la Corte ha rilevato che la nullità di tale clausola non determina la nullità dell'intero contratto, dovendosi applicare, in presenza dei presupposti stabiliti dall'art. 1419, comma 2, c.c., il disposto del menzionato art. 23 TUF, il quale costituisce una norma di carattere speciale che, proprio a tutela dell'investitore, stabilisce espressamente, per un caso di nullità di tale clausola, che nulla è dovuto all'intermediario.

Si deve tenere presente che la pronuncia è stata adottata, non con riferimento ad una ipotesi di rinvio agli usi per la determinazione del menzionato corrispettivo, espressamente regolata dall'art. 23 TUF, ma in relazione ad una fattispecie in cui, nel contratto-quadro, era stata determinata la controprestazione dovuta dal cliente all'intermediario in base ad una clausola sottoscritta dall'investitore, che rimandava ad un "prospetto allegato riportante l'ammontare delle commissioni", mai prodotto in giudizio, la cui esistenza era però incontestata tra le parti. La Corte non ha ritenuto sufficiente quest'ultima circostanza, e ha confermato la pronuncia di nullità per indeterminatezza dell'oggetto, affermando che, per i contratti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, la prova della loro esistenza e dei diritti che ne formano l'oggetto richiede necessariamente la produzione in giudizio della relativa scrittura, che non può essere sostituita da altri mezzi probatori e neanche dal comportamento processuale delle parti che abbiano concordemente ammesso l'esistenza del diritto costituito con l'atto non esibito (**Sez. 1, n. 01452/2019, Iofrida, Rv. 652804-01**).

Fondamentale rilievo assume infine **Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01**, ove le Sezioni Unite hanno affermato che la nullità del contratto-quadro per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3, TUF può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore, con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio, precisando tuttavia che l'intermediario, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto-quadro.

In tale sentenza, le Sezioni Unite ribadiscono che, una volta dichiarata l'invalidità del contratto quadro, di questa può avvalersi soltanto l'investitore, precisando inoltre che ciò avviene, non solo sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva, ma anche su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo suo vantaggio.

L'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto-quadro non è ritenuto in contrasto, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione, ma – e questo è il punto centrale – le Sezioni Unite hanno ritenuto che la sua operatività

deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente.

In particolare, secondo le Sezioni Unite, al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali di fronte all'uso selettivo delle nullità di protezione, non può mancare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato, dovendo ritenersi, in questa ultima ipotesi, che l'investitore abbia agito coerentemente con la funzione tipica delle nullità protettive, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere.

Pertanto, per accertare se l'uso selettivo della nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, si deve verificare l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità e, ove sia stato vantaggioso per l'investitore, porlo in correlazione con il *petitum* azionato in conseguenza della proposta azione di nullità. Può accertarsi che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*. In tale ipotesi, può essere opposta, ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso. Può, tuttavia, accertarsi che un danno per l'investitore, anche al netto dei rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato. Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede.

In conclusione, secondo tale ricostruzione, se i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superino il *petitum*, l'effetto impeditivo è integrale; ove, invece, si determini un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri investimenti non colpiti dalla nullità selettiva, l'effetto paralizzante dell'eccezione opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato conseguito.

In questa sede è sufficiente evidenziare che la pronuncia in esame si pone in continuità con Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01, ma ne costituisce anche il completamento, perché guarda agli effetti di tale particolare pronuncia di nullità sulle statuizioni ad essa conseguenti, rinviandosi, per il resto, al separato approfondimento.

5.2. L'inadempimento dell'intermediario e i relativi rimedi.

In argomento, è opportuno richiamare in primo luogo le decisioni che hanno affrontato la questione in termini generali, per poi passare a quelle che si sono pronunciate sulla sussistenza o meno della violazione di alcuni specifici obblighi comportamentali e sui rimedi conseguentemente apprestati dall'ordinamento.

Con riferimento al riparto dell'onere della prova, assume pertanto rilievo **Sez. 1, n. 14335/2019, Amatore, Rv. 653890-01**, ove la S.C. ha ribadito che, nelle azioni di responsabilità per danni subiti dall'investitore, nelle quali occorre accertare se l'intermediario abbia diligentemente adempiuto alle obbligazioni scaturenti dal contratto di negoziazione, il riparto dell'onere della prova si attegga nel senso che l'investitore ha l'onere di allegare l'inadempimento delle citate obbligazioni da parte dell'intermediario, nonché di fornire la prova del danno e del nesso di causalità fra questo e l'inadempimento anche sulla base di presunzioni, mentre l'intermediario ha l'onere di provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico, allegate come inadempite dalla controparte e, sotto il profilo soggettivo, di aver agito con la specifica diligenza richiesta.

La statuizione si pone in linea con un orientamento oramai consolidato (v. da ultimo Sez. 1, n. 00810/2016, Nazzicone, Rv. 638346-01), che peraltro riproduce i criteri uniformemente adottati, in generale, in materia di responsabilità contrattuale (cfr. Sez. 3, n. 00826/2015, Stalla, Rv. 634361-01).

In tema di obblighi informativi dell'intermediario, **Sez. 1, n. 28175/2019, Guido, Rv. 655775-01**, ha ritenuto che non assolve a tali obblighi la banca che stipula con il cliente un contratto di negoziazione diretta di titoli senza aver prima acquisito l'*offering circular*, che riporta le caratteristiche essenziali dell'emissione, quando i titoli risultino privi di prospetto informativo e di *rating*, perché la disciplina dettata dall'art. 21, comma 1, lett. a) e b), TUF e dagli artt. 26 e 28 reg. Consob n. 11522 del 1998 impone all'intermediario di attivarsi per ottenere una conoscenza preventiva adeguata del prodotto finanziario, alla luce di tutti i dati disponibili che ne possano influenzare la valutazione effettiva della rischiosità, e quindi assicurare un'informazione adeguata all'investitore sulle caratteristiche del prodotto.

La Corte ha pure precisato che la responsabilità dell'intermediario non è esclusa dalla sottoscrizione, da parte del cliente, della dichiarazione di aver ricevuto informazioni necessarie e sufficienti ai fini della completa valutazione del rischio, che non può essere qualificata come confessione stragiudiziale e non costituisce neppure un'autorizzazione scritta all'investimento, quando sia apposta su un modulo *standard* senza alcun riferimento individualizzante, da cui desumere l'effettiva presa d'atto dei rischi e delle particolari caratteristiche della specifica operazione (la fattispecie ha

riguardato la negoziazione diretta di *bond* Cirio, effettuata prima del recepimento della direttiva MIFID, in assenza di prospetto informativo).

Facendo chiarezza sulla distinzione, sempre in tema di obblighi informativi, tra offerta al pubblico e negoziazione di strumenti finanziari, **Sez. 1, n. 07575/2019, Nazzicone, Rv. 653228-01** ha ribadito quanto già affermato da Sez. 1, n. 08733/2016, Nazzicone, Rv. 639507-01, evidenziando che la pubblicazione del prospetto informativo è prevista nelle sole ipotesi di sollecitazione all'investimento, ai sensi dell'art. 94, commi 1 e 2, TUF (nel testo *ratione temporis* vigente), caratterizzate per essere l'offerta comunque rivolta, secondo lo schema dell'art. 1336 c.c., ad un numero indeterminato ed indistinto di investitori in modo uniforme e standardizzato, cioè a condizioni di tempo e prezzo predeterminati. Quando, invece, la diffusione di strumenti finanziari presso il pubblico avvenga mediante la prestazione di servizi di investimento (art. 1, comma 5, TUF) – e cioè attività di negoziazione, ricezione e trasmissione di ordini – la tutela del cliente è affidata all'adempimento, da parte dell'intermediario, di obblighi informativi specifici e personalizzati, ai sensi degli artt. 21 TUF e 26 ss. reg. Consob n. 11522 del 1998, anche nel caso in cui la negoziazione individuale avvenga nel periodo del cd. *grey market* (prima che i titoli siano ufficialmente emessi).

Con riferimento invece all'obbligo di segnalare il conflitto di interessi, **Sez. 1, n. 02472/2019, Iofrida, Rv. 652682-01**, ha affermato che, secondo quanto prescritto dall'art. 27 reg. Consob n. 11522 del 1998, il conflitto di interessi nel quale versi la banca mandataria deve essere graficamente evidenziato sui documenti predisposti dall'intermediario attraverso una differenziazione nello stile o nel carattere, idonea a renderla evidente rispetto al resto del contratto, non essendo pertanto sufficiente, per far ritenere assolto l'obbligo informativo incombente sull'intermediario, la dichiarazione contrattuale resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, circa le informazioni ricevute sull'esistenza di un conflitto di interessi (fattispecie relativa alla sottoscrizione, nel 2001, di un contratto "4 You").

In tema di risoluzione del contratto di investimento per inadempimento dell'intermediario, **Sez. 1, n. 02661/2019, Nazzicone, Rv. 652415-01**, ha ritenuto che, quando viene dichiarata la risoluzione del contratto d'investimento in valori mobiliari, si ingenerano tra le parti reciproci obblighi restitutori, dovendo l'intermediario restituire l'intero capitale investito, mentre l'investitore è obbligato alla restituzione del valore delle cedole corrisposte e dei titoli acquistati, secondo la disciplina di cui all'art. 2038 c.c., fermo restando che i reciproci crediti vantati dalle parti, ove ne ricorrano i presupposti, possono compensarsi legalmente, ai sensi dell'art. 1243 c.c. (in applicazione del principio enunciato, la Corte, cassando la pronuncia impugnata, ha prescritto alla Corte d'appello in sede di rinvio: di valutare le domande restitutorie con riguardo, rispettivamente, alla somma originariamente

investita ed alle cedole ed ai titoli oggetto dell'investimento; di verificare se i titoli fossero ancora nella disponibilità degli investitori; di verificare la sussistenza dei presupposti della compensazione nei limiti della coesistenza dei crediti; di statuire sulla domanda risarcitoria con riguardo al danno eventualmente residuo agli investitori dopo aver proceduto alle restituzioni dovute.)

5.3. Fattispecie particolari.

Merita di essere illustrata, per la peculiarità della vicenda esaminata ed anche della soluzione offerta, **Sez. 1, n. 25843/2019, Guido, Rv. 655626-01**, relativa a contratti di borsa effettuati tramite il servizio di *trading on line* prestato da un istituto di credito.

Secondo la Corte, la banca che, nel gestire la piattaforma, proceda alla vendita coattiva delle azioni acquistate dal cliente in una operazione *long overnight* (cd. acquisto allo scoperto), senza il raggiungimento del prezzo fissato ai fini dello *stop loss*, è tenuta a risarcire il danno cagionato al cliente, costituito dalla differenza tra il prezzo di acquisto e il minor prezzo di rivendita dei titoli, da liquidarsi equitativamente, tenendo presente, al massimo, il prezzo più alto ottenuto dalle azioni nel periodo compreso tra il momento della vendita coattiva e quello di *stop loss*, poi verificatosi, senza che assuma rilievo, ai fini dell'esclusione del danno, il fatto che il cliente, prima della vendita coattiva, non avesse rivenduto i titoli, nonostante il raggiungimento di un valore anche maggiore del prezzo di acquisto, perché tale condotta non costituisce un elemento dotato di gravità ed univocità *ex art. 2729 c.c.*, dovendo la valutazione presuntiva del comportamento dell'investitore tenere conto del complessivo andamento dei titoli (la S.C. ha enunciato il principio in un caso in cui la vendita coattiva era stata eseguita dopo che, nel mercato di riferimento, si era verificato uno scambio ad un prezzo inferiore al prezzo soglia, che poi era stato annullato, ma la banca non aveva provveduto ad annullare la vendita effettuata di conseguenza né a riacquistare i titoli venduti).

6. L'offerta al pubblico di prodotti finanziari.

Com'è noto, tale attività si sostanzia in un appello al pubblico risparmio per sollecitare la sottoscrizione di prodotti finanziari di nuova emissione (offerta pubblica di sottoscrizione) o l'acquisto di prodotti finanziari già emessi (offerta pubblica di vendita). Salvo i casi di inapplicabilità e di esenzione, previsti dalla vigente normativa, l'offerta al pubblico non può essere eseguita se non previa pubblicazione di un prospetto informativo da sottoporsi preventivamente all'approvazione dell'autorità competente (in Italia, la Consob).

Ai sensi dell'art. 34 *decies*, comma 1, lett. a), reg. Consob n. 11971 del 1999 (cd. Regolamento emittenti della Consob), prima della pubblicazione del prospetto l'offerente, l'emittente e il responsabile del collocamento possono tuttavia procedere, direttamente o indirettamente, alla diffusione di notizie, allo svolgimento di indagini di mercato e alla raccolta di intenzioni di acquisto attinenti all'offerta al pubblico purché *«le informazioni diffuse siano coerenti con quelle contenute nel prospetto»*.

La Corte di cassazione, nell'anno in rassegna, si è pronunciata proprio con riferimento a tale disposizione.

In primo luogo (**Sez. 2, n. 08047/2019, Cosentino, Rv. 653484-03**), ha affermato che l'art. 34 *decies* del Regolamento emittenti della Consob rappresenta l'esatta trasposizione, nell'ordinamento nazionale, della norma dettata dall'art. 15, comma 4, della Direttiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003 (cd. Direttiva "Prospetto") e, pertanto, non si pone in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

In secondo luogo (**Sez. 2, n. 08047/2019, Cosentino, Rv. 653484-03**), ha precisato che, in materia di offerta al pubblico di strumenti finanziari, la nozione di "coerenza" tra le informazioni diffuse e quelle riportate nel prospetto informativo successivamente pubblicato, di cui all'art. 34 *decies*, lett. a), del menzionato Regolamento, ha natura elastica (essendo ascrivibile alla tipologia delle clausole generali) e, nell'esprimere il relativo giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma, il giudice deve provvedere all'interpretazione della stessa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza comune, sia di principi che la disposizione implicitamente richiama, dando concretezza a quella parte mobile della medesima che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un dato contesto storico-sociale, ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori. Da ciò consegue che il suddetto giudizio è censurabile in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., quando esso si ponga in contrasto con i principi dell'ordinamento e con quegli *standard* valutativi esistenti nella realtà sociale che concorrono, con i menzionati principi, a comporre il diritto vivente (nella specie, la S.C. ha statuito che doveva ritenersi non coerente l'indicazione all'investitore, contenuta nelle notizie diffuse al pubblico, del 30 giugno 2030 quale data di scadenza attesa dell'investimento, mentre nel prospetto informativo erano stati poi indicati il 31 dicembre 2030 quale scadenza attesa ed il 30 giugno 2040 quale scadenza finale).

7. I fondi comuni d'investimento.

Nel corso del 2019, la Corte di cassazione si è anche pronunciata sulla natura giuridica di tali prodotti finanziari, conformandosi a quanto in precedenza più volte affermato.

In particolare, **Sez. 1, n. 12062/2019, Terrusi, Rv. 653911-01**, in una fattispecie relativa a un fondo immobiliare chiuso, ha ribadito che i fondi comuni d'investimento, disciplinati dal TUF, sono privi di un'autonoma soggettività giuridica e costituiscono patrimoni separati della società di gestione del risparmio, aggiungendo che, pertanto, in caso di acquisto nell'interesse del fondo, l'immobile che ne è oggetto deve essere intestato alla società promotrice o di gestione la quale ne ha la titolarità formale ed è legittimata ad agire in giudizio per far accertare i diritti di pertinenza del patrimonio separato in cui il fondo si sostanzia (conf. da ultimo, Sez. 1, n. 16605/2010, Rordorf, Rv. 614460-01).

È inoltre sufficiente richiamare **Sez. 1, n. 14325/2019, Amatore, Rv. 653889-01**, ove la S.C. ha affermato che i certificati nominativi di partecipazione ai fondi comuni di investimento posseggono la natura giuridica di titoli di credito, rinviando per il resto a quanto *supra* illustrato.

CAPITOLO XVI

IL DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI.

(DI SALVATORE LEUZZI E ANGELO NAPOLITANO)

Sommario: 1. I presupposti del fallimento. – 1.1. Il procedimento prefallimentare. – 1.2. La sentenza di fallimento ed il suo reclamo. – 2. Gli organi della procedura. – 2.1. – I reclami endofallimentari. – 3. Le revocatorie in generale. – 3.1. Revocatoria ordinaria e fallimentare. La revocatoria dei pagamenti. – 4. I rapporti pendenti. – 5. La formazione dello stato passivo. – 5.1. Prove documentali e data certa. – 5.2. Prelazione e fallimento. – 5.3. Prededuzione e fallimento. – 6. Le opposizioni allo stato passivo. – 7. La liquidazione dell'attivo e il riparto. – 8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione. – 9. Il concordato fallimentare. – 10. Il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione. – 11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria. – 12. Il sovraindebitamento.

1. I presupposti del fallimento.

Al fine di applicare le discipline delle crisi d'impresa, l'ordinamento giuridico rende necessaria l'individuazione di un *soggetto passivo* della procedura.

Si tratta di una necessità che deriva dal fatto che l'intero sistema delle procedure concorsuali è volto ad attuare la garanzia patrimoniale del debitore nelle ipotesi di crisi dell'impresa. Si rende, pertanto, necessario, da un lato, individuare un patrimonio destinato alla risoluzione della crisi, dall'altro collegare tale patrimonio al soggetto che ne è titolare (persona fisica, una società o un altro ente di diversa natura), le cui caratteristiche e qualificazioni giuridiche contribuiscono in particolar modo a definire e delimitare l'ambito di applicazione delle procedure concorsuali.

Il fenomeno regolato, dunque, è quello della crisi d'impresa, ma la tecnica legislativa passa attraverso l'individuazione dell'imprenditore in crisi, quale soggetto cui vengono applicate le discipline delle procedure concorsuali.

L'art. 1 della legge fallimentare assoggetta alle disposizioni sul fallimento gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, con esclusione degli enti pubblici.

Il primo presupposto soggettivo, dunque, per l'applicazione delle norme sul fallimento è quello dato dalla qualità di imprenditore commerciale.

Sez. 1, n. 01466/2019, Falabella, Rv. 652407-02 ha ritenuto irrilevante, ai fini dell'individuazione di un'organizzazione d'impresa, ai fini della dichiarazione di fallimento, la quantità di mezzi predisposti, decidendo, con riferimento ad un mediatore professionale, che gli elementi identificativi dell'impresa commerciale di cui all'art. 2082 c.c. sono costituiti dalla professionalità e dall'organizzazione, intesa come svolgimento abituale e continuo dell'attività nonché sistematica aggregazione di mezzi materiali ed immateriali, al di là della scarsità dei mezzi predisposti, soprattutto quando l'attività non necessiti di mezzi materiali e personali rilevanti.

Se la qualità di imprenditore commerciale è il requisito soggettivo imprescindibile per poter assoggettare il patrimonio di cui egli sia titolare al fallimento, lo stato di insolvenza nel quale egli versa costituisce, d'altro canto, la condizione oggettiva affinché il fallimento possa essere dichiarato.

Secondo **Sez. 1, n. 06978/2019, Pazzi, Rv. 653107-01**, ai fini della dichiarazione di fallimento, costituiscono indizi esteriori dell'insolvenza gli elementi sintomatici che esprimono lo stato di impotenza funzionale e non transitoria dell'impresa a soddisfare le proprie obbligazioni, secondo una tipicità – desumibile dai dati dell'esperienza economica – rivelatrice dell'incapacità di produrre beni o servizi con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze dell'impresa medesima (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché dell'impossibilità di essa di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose compromissioni del patrimonio.

Inoltre, per **Sez. 1, n. 09297/2019, Falabella, Rv. 653699-01**, lo stato di insolvenza prescinde dal numero dei creditori, essendo ben possibile che anche un solo inadempimento assurga ad indice di tale situazione oggettiva; ciò che rileva nell'ambito della disciplina concorsuale è, dunque, l'incapacità di adempiere dell'imprenditore intesa come condizione oggettiva e strutturale della sua organizzazione.

Nell'ipotesi in cui ad essere insolvente sia un imprenditore individuale, che non è titolare di un patrimonio destinato all'esercizio dell'impresa, tale condizione oggettiva strutturale della sua organizzazione si riflette anche sui suoi debiti privati, che non hanno la loro radice nell'esercizio dell'impresa; al riguardo **Sez. 1, n. 01466/2019, Falabella, Rv. 652407-01**, chiarisce che l'ordinamento non distingue tra i debiti di un imprenditore individuale, in ragione della natura civile o commerciale di essi, sicché anche i debiti personali possono determinarne il presupposto per la dichiarazione di fallimento.

L'art. 1 della legge fallimentare e l'art. 2221 c.c. delimitano l'ambito di applicazione del fallimento senza menzionare esplicitamente l'impresa agricola, ma affermando in positivo l'assoggettamento a fallimento delle imprese commerciali. Ne consegue che l'impresa agricola, per lo più contrapposta all'impresa commerciale sul piano della tipologia di attività svolta, viene esclusa solo implicitamente dal fallimento.

Pertanto, secondo l'interpretazione comune, tutte le ipotesi rientranti nella nozione di impresa agricola, come definita ai sensi dell'art. 2135 c.c., risultano estranee all'ambito di applicazione delle procedure concorsuali, mentre ne sono incluse tutte le altre imprese, come tali definite commerciali, anche al di là della diretta riconducibilità alle tipologie di attività elencate nell'art. 2195 c.c.

Tuttavia, per verificare la natura di un'impresa, e dunque l'assoggettabilità a fallimento del soggetto che la esercita, occorre avere riguardo non alla forma in cui è costituito l'imprenditore, ma all'effettivo oggetto dell'attività imprenditoriale esercitata.

Ne consegue che è soggetta a fallimento l'impresa agricola costituita in forma societaria, quando risulti accertato in sede di merito l'esercizio in concreto di attività commerciale, in misura prevalente sull'attività agricola contemplata in via esclusiva dall'oggetto sociale, nonostante la sopravvenuta cessazione dell'attività commerciale al momento del deposito della domanda di fallimento nei suoi confronti (**Sez. 1, n. 05342/2019, Vella, Rv. 653094-01**; già in precedenza, **Sez. 1, n. 05235/2019, Caiazza, Rv. 653093-01**).

Ancor più precisamente, **Sez. 1, n. 28984/2019, Ferro, R. Rv. 655952 - 01**, ribadisce che l'esenzione dell'imprenditore agricolo dal fallimento viene meno ove non sussista, di fatto, il collegamento funzionale della sua attività con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse di cui all'art. 2135, comma 3, c.c. assumano rilievo decisamente prevalente, sproporzionato rispetto a quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura, gravando su chi invoca l'esenzione, sotto il profilo della connessione tra la svolta attività di trasformazione e commercializzazione dei prodotti ortofrutticoli e quella tipica di coltivazione *ex art.* 2135, comma 1, c.c., il corrispondente onere probatorio.

Analogamente, **Sez. 1, n. 03202/2019, Dolmetta, Rv. 653128-01**, ricorda che ai fini dell'assoggettabilità al fallimento di una società cooperativa, l'indagine circa la natura imprenditoriale della sua attività può essere concentrata in via esclusiva sui dati di bilancio, qualora dagli stessi emerga una sproporzione tra ricavi e costi di dimensioni tali da essere oggettivamente incompatibile con la prevalenza di uno scopo mutualistico.

Proprio con riferimento allo scopo mutualistico, **Sez. 1, n. 25478/2019, Amatore, Rv. 655625-01**, precisa che lo scopo di lucro (c.d. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (cd. lucro oggettivo), requisito quest'ultimo che, non essendo inconciliabile con il fine mutualistico, ben può essere presente in una società cooperativa, la quale pertanto, ove svolga attività commerciale, in caso di insolvenza, può essere assoggettata a fallimento, in applicazione dell'art. 2545 *terdecies* c.c.

L'art. 1, comma 1, della legge fallimentare, invece, menziona espressamente gli enti pubblici, per escluderli espressamente dall'assoggettabilità a fallimento.

Per "enti pubblici" devono intendersi non solo gli enti pubblici economici, soggetti all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2201 c.c.,

ma anche, a maggior ragione, tutti quegli enti pubblici che svolgono, sebbene in via non prevalente, un'attività economica, commerciale o non commerciale.

Rientrano nell'esclusione dal fallimento anche le cosiddette "imprese-organo", cioè quelle imprese esercitate dallo Stato o dagli enti pubblici territoriali mediante complessi aziendali la cui titolarità è posta direttamente in capo allo Stato o all'ente pubblico territoriale, senza che ci sia un soggetto giuridico intermedio al quale imputare l'attività economica.

Il fenomeno delle imprese-organo era rilevante fino alla stagione delle privatizzazioni degli anni '90: nel relativo *genus*, infatti, rientravano le aziende municipalizzate degli enti locali e le aziende autonome statali.

Di converso, le società di diritto privato derivanti dalla "trasformazione" di imprese-organo o di enti pubblici economici, in cui l'ente pubblico ha conservato proprie partecipazioni, sono comunque assoggettate a fallimento, a prescindere dalla misura della partecipazione.

Sez. 1, n. 05346/2019, Terrusi, Rv. 653095-01, ha chiarito che la sussistenza di una partecipazione pubblica, a partire, dalla sua dimensione, in società di capitali, non esclude che esse siano, comunque, soggetti di diritto privato, agli effetti dell'art. 1 della legge fallimentare. La posizione dell'ente pubblico all'interno della compagine sociale, infatti, è esclusivamente quella di un socio in base al capitale conferito, senza che gli sia consentito di influire sul funzionamento della società avvalendosi di poteri pubblicistici. D'altra parte, la mera partecipazione pubblica ad una società di capitali non implica di per sé che l'ente pubblico partecipante eserciti un controllo analogo su di essa, che comunque resta un soggetto con una sua soggettività giuridico-formale distinta rispetto a quella della P.A.

In linea di principio, non sussiste alcun ostacolo all'apertura delle procedure concorsuali, fino a che permane la responsabilità patrimoniale per le obbligazioni contratte nell'esercizio dell'impresa.

Per quanto riguarda le società, la cessazione dell'attività d'impresa non determina immediatamente il venir meno dell'esposizione alle procedure concorsuali.

E' fissato un limite temporale decorrente dalla cancellazione della società dal registro delle imprese, in armonia con i dati normativi introdotti con la riforma delle società di capitali (art. 2495, comma secondo, c.c.) e con l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui la cancellazione determina immediatamente l'estinzione della società, salvi i casi in cui questa sia richiesta ed effettuata al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, in frode ai creditori, e, pertanto, fatta oggetto, a sua volta, di cancellazione, ai sensi dell'art. 2191 c.c.

Le società, pertanto, possono essere dichiarate fallite entro un anno dalla loro cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla cancellazione o entro l'anno successivo (art. 10, comma primo, l. fall.).

Tale norma ha portata generale. **Sez. 1, n. 16511/2019, Amatore, Rv. 654278-01**, ricorda allora che la trasformazione eterogenea di una società di capitali in comunione di azienda, ai sensi dell'art. 2500 *septies* c.c., non preclude la dichiarazione di fallimento della medesima società entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese, trattandosi pur sempre di un fenomeno successorio tra soggetti distinti.

Fisiologicamente, la cancellazione dal registro delle imprese è effettuata in seguito alla conclusione del procedimento di liquidazione.

Tuttavia, se, entro il termine di cui all'art. 10, comma secondo, l.fall., si manifesta un nuovo debito, secondo **Sez. 1, n. 01465/2019, Falabella, Rv. 652406-01**, il fallimento può essere dichiarato solo quando al detto debito non si contrapponga l'emersione di una situazione creditoria idonea ad assicurarne il soddisfacimento, con la precisazione che tale situazione creditoria non può essere individuata con il diritto di manleva che il debitore vanta nei confronti di un terzo, in quanto esso sorge solo in seguito all'adempimento dell'obbligazione posta a base della richiesta di fallimento.

Anche l'estensione delle procedure agli *ex* soci illimitatamente responsabili è soggetta a limiti di tempo.

Siffatti limiti, previsti dall'art. 147, comma secondo, l.fall., che regola il fallimento dell'*ex* socio illimitatamente responsabile (socio receduto, escluso, defunto, socio che ha ceduto la partecipazione sociale, socio illimitatamente responsabile di società di persone che si è trasformata in società di capitali o è stata incorporata da società di capitali etc.), vanno considerati espressione di un principio generale volto a limitare l'ambito temporale di estensione delle procedure concorsuali all'*ex* socio illimitatamente responsabile.

Tali limiti temporali non valgono né in caso di società irregolari, visto che la cancellazione, dalla quale decorre il termine per l'assoggettamento a fallimento, presuppone che la società sia stata iscritta nel registro delle imprese; né in caso di società di fatto, che è una fattispecie che si verifica quando non vi sia alcuna formalizzazione del rapporto sociale, e che, dunque, non può che dar vita ad una società irregolare.

Ne consegue che il termine annuale entro il quale la società può essere assoggettata a fallimento non può che decorrere dalla data di cessazione effettiva dell'attività.

In tema di estensione, infine, **Sez. 1, n. 27541/2019, Genovese, Rv. 655773 – 01**, ha stabilito che il fallimento del titolare dell'impresa familiare può essere esteso agli altri componenti della stessa qualora l'esistenza del contratto sociale sia desunta, oltre che da prove dirette, anche da manifestazioni esteriori che, pur giustificabili alla luce del rapporto di coniugio o di parentela, per il loro carattere di sistematicità e concludenza sono rivelatrici delle componenti del rapporto societario, tra le quali

particolare significatività può essere attribuita ai rapporti di finanziamento e di garanzia intercorrenti tra i componenti del sodalizio.

1.1. Il procedimento prefallimentare.

La procedura di fallimento si apre a seguito della sentenza pronunciata dal tribunale del luogo in cui è situata la sede principale dell'impresa, ove cioè è concretamente svolta l'amministrazione e la gestione della relativa attività: il che, se da un lato si spiega alla luce della circostanza che il tribunale non si limita a dichiarare il fallimento, ma risulta "investito dell'intera procedura fallimentare" e assume il ruolo di "organo" di una procedura che, seppure al fine di soddisfare i creditori, implica comunque una "gestione" dell'impresa; dall'altro a sua volta giustifica il carattere "funzionale", e per ciò inderogabile, della relativa competenza.

Sez. 1, n. 16116/2019, Di Marzio, Rv. 654533-01 ha ribadito il costante orientamento della S.C., a tenore del quale per individuare il tribunale competente a dichiarare il fallimento, ai sensi dell'art. 9, comma primo, l.fall., la presunzione *iuris tantum* di coincidenza della sede effettiva con la sede legale è superabile attraverso prove univoche che dimostrino che il centro direzionale dell'attività dell'impresa è altrove e che la sede legale ha solo carattere formale o fittizio, rilevando a tal fine, in particolare, la mancanza di una concreta struttura operativa presso la sede legale, sicché debba riconoscersi che detta sede sia solo un mero recapito.

Su un piano schiettamente processuale, **Sez. 1, n. 20666/2019, Amatore, Rv. 654883-01**, ha altresì chiarito che il provvedimento che declina la competenza del tribunale sull'istanza di fallimento *ex art. 9 bis l.fall.* deve essere comunicato alle parti costituite, secondo i principi generali in tema di provvedimenti del giudice.

Inoltre, mutando un precedente orientamento della prima sezione civile (Sez. 6-1, n. 30748/2017, Nazzicone, Rv. 647331-01), la medesima pronuncia (**Rv. 654883-02**), afferma ora che è ammissibile il regolamento necessario di competenza avverso l'ordinanza che decide sulla competenza, ai sensi dell'art. 9 *bis l.fall.*, con la possibilità, durante la sospensione del processo *ex art. 48 c.p.c.*, che il creditore istante ovvero il Pubblico Ministero invochino l'adozione di misure cautelari sul patrimonio del fallendo, ai sensi dell'art. 15 l.fall.

Ne consegue che le parti del giudizio prefallimentare possono subire un pregiudizio nel caso in cui sia stata omessa la comunicazione dell'ordinanza che declina la competenza, trovandosi nella condizione di non poter promuovere il regolamento nel termine fissato dall'art. 47 c.p.c.: spetta al giudice del merito apprezzare nel caso concreto l'esistenza di siffatto pregiudizio, anche tenendo conto dell'interesse delle parti alla proposizione del regolamento, che chiaramente difetta

nel soggetto che abbia ottenuto dal primo giudice adito esattamente l'accoglimento dell'eccezione di incompetenza proposta (**Rv. 654883-03**).

La competenza per territorio del tribunale, in materia di dichiarazione di fallimento, è territoriale ed inderogabile, e la sua mancanza non può essere dedotta per la prima volta in sede di reclamo.

Infatti, malgrado il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento sia caratterizzato da un effetto devolutivo pieno, tale effetto devolutivo non può estendersi fino al punto da rimettere in discussione per la prima volta la competenza ritenuta sussistente nel procedimento prefallimentare di primo grado, perché una tale conclusione sarebbe confliggente con il principio della ragionevole durata dei giudizi. Inoltre, la barriera temporale introdotta dall'art. 38 c.p.c., nel testo successivo all'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009, è applicabile non soltanto ai processi di cognizione ordinaria, ma anche ai processi di tipo camerale, qualora questi siano utilizzati dal legislatore per la tutela giurisdizionale dei diritti (**Sez. 1, n. 20661/2019, Campese, Rv. 656122-01**; vedi anche **Sez., 6-1, n. 28711/2019, Di Virgilio, Rv. 656290 – 01**).

Il tribunale, almeno in via di principio, può dichiarare il fallimento solo su istanza di parte, e segnatamente a seguito del ricorso del debitore o di uno o più creditori, ovvero su richiesta del pubblico ministero e non anche d'ufficio.

Con riferimento, in particolare, alla legittimazione del Pubblico Ministero, **Sez. 1, n. 00646/2019, Campese, Rv. 652400-01**, ha stabilito che la parte pubblica è legittimata a richiedere il fallimento, ai sensi dell'art. 7, n. 1, l. fall., non solo qualora apprenda la *notitia decoctionis* da un procedimento penale pendente, ma anche ogniqualvolta la decozione emerga dalle condotte specificamente indicate nella norma indicata, le quali non sono necessariamente esemplificative di fatti costituenti reato e non presuppongono come indefettibile la pendenza di un procedimento penale.

Il Pubblico Ministero, inoltre, secondo **Sez. 1, n. 27200/2019, Pazzi, Rv. 655352-01**, è legittimato, in seguito alla comunicazione della domanda di concordato preventivo con riserva, a lui fatta ai sensi dell'art. 161, comma quinto, l. fall., ad avanzare una richiesta di fallimento del debitore, in ragione della ritenuta sua insolvenza, anche qualora vi sia rinuncia alla domanda di concordato da parte dell'imprenditore, prima che il tribunale dichiari l'inammissibilità di tale domanda.

Inoltre, con riferimento alla domanda avanzata dal medesimo debitore, *ex art. 6 l.fall.*, **Sez. 1, n. 10523/2019, Falabella, Rv. 653470-01**, ricorda che nel caso di società di capitali posta in liquidazione, la legittimazione spetta direttamente al suo liquidatore, il quale è investito, ai sensi dell'art. 2489, comma 1, c.c., del potere di compiere ogni atto utile per la liquidazione della società, senza che detta legittimazione possa essere avocata dall'assemblea o dai singoli soci.

L'ipotesi di gran lunga prevalente, oltre che sistematicamente centrale, è rappresentata dal ricorso dei creditori per ottenere la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore loro debitore.

Sez. 1, n. 13850/2019, Vella, Rv. 65404401, si è occupata della legittimazione all'istanza di fallimento del creditore estraneo all'accordo di ristrutturazione dei debiti, statuendo che, quand'anche l'accordo sia stato omologato, il terzo può fare istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 6 l. fall., a prescindere dall'intervenuta risoluzione dell'accordo omologato, in quanto si tratta di soggetto non vincolato dagli effetti del provvedimento di omologazione.

Alla presentazione del ricorso di fallimento segue una fase istruttoria effettuata dal tribunale e diretta a verificare, oltre alla sussistenza della giurisdizione italiana, come pure, se del caso, la legittimazione del creditore istante, essenzialmente: i) la propria competenza; ii) i presupposti sostanziali per la dichiarazione di fallimento, quali: la natura di imprenditore commerciale in capo al debitore; la sussistenza dello stato di insolvenza in capo al debitore; la sussistenza di almeno uno dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1, comma secondo, l.fall.; iii) il mancato decorso dell'anno dalla cancellazione dal registro delle imprese se l'insolvenza si è manifestata prima della cancellazione o entro l'anno successivo; iv) la ricorrenza di un'ulteriore condizione costituita dall'esistenza di debiti scaduti e non pagati per un importo complessivo pari ad almeno trentamila euro.

Così, **Sez. 1, n. 16117/2019, Di Marzio, Rv. 654534-01**, afferma che anche l'imprenditore il quale presenti istanza di autofallimento, oltre a provare lo stato di insolvenza, ha l'onere, ai sensi dell'art. 14 l. fall., di dimostrare la sussistenza di almeno uno dei requisiti dimensionali normativamente previsti, ai fini della fallibilità, dall'art. 1 l.fall., con riferimento all'arco temporale degli ultimi tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza.

Con riferimento all'istruttoria prefallimentare, **Sez. 1, n. 06991/2019, Dolmetta, Rv. 65310901**, ha ribadito che i poteri di indagine officiosa previsti dall'art. 15 l.fall. sono finalizzati a colmare mere lacune probatorie dell'interessato e sono limitati ai fatti oggetto di specifiche allegazioni difensive delle parti.

E ancora, per **Sez. 1, n. 05234/2019, Caiazza, Rv. 652807-01**, se dall'istruttoria fallimentare emerge l'esistenza di soci non risultanti dall'atto costitutivo, o da altro scritto comprovante l'acquisto della partecipazione, è comunque possibile estendere nei loro confronti la dichiarazione di fallimento, senza necessità che venga presentata l'apposita istanza di estensione di cui all'art. 147, comma quarto, l. fall.

L'onere della prova della insussistenza dei requisiti dimensionali necessari ai fini della dichiarazione di fallimento spetta al debitore: quest'ultimo è tenuto a depositare i bilanci degli ultimi tre esercizi, ai sensi dell'art. 15, comma 4, l. fall., ed essi costituiscono mezzo di prova privilegiato, in quanto idonei a chiarire la situazione

patrimoniale e finanziaria dell'impresa, senza assurgere tuttavia a prova legale, sicché in mancanza dei detti bilanci il debitore può dimostrare la sua non fallibilità con strumenti probatori alternativi (**Sez. 1, n. 24138/2019, Pazzi, Rv. 655457-01**); d'altra parte, Sez. 1, n. 30516/2018, Pazzi, Rv. 65158501, aveva già affermato che il giudice deve valutare i dati contenuti nei detti bilanci secondo il suo prudente apprezzamento, *ex art. 116 c.p.c.*, sicché, se reputati motivatamente inattendibili, l'imprenditore rimane onerato della prova della sussistenza dei requisiti della non fallibilità.

Nel caso in cui si succedano, con riferimento allo stesso imprenditore, più procedimenti prefallimentari, e si giunga ad una dichiarazione di fallimento dopo che una precedente sentenza dichiarativa di fallimento sia stata revocata, l'accertamento dello stato di insolvenza va compiuto con riferimento alla situazione esistente alla data della nuova decisione e non già a quella di presentazione dell'originaria istanza da parte dei creditori o del Pubblico Ministero (**Sez. 1, n. 27200/2019, Pazzi, Rv. 65535202**).

La sentenza dichiarativa di fallimento produce rilevanti effetti processuali sui giudizi in corso in cui è parte il debitore dichiarato fallito.

In particolare, la legge dispone, in via generale, che l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo, il quale potrà essere riassunto su iniziativa del curatore o della controparte: l'interruzione avviene automaticamente senza che l'evento interruttivo debba essere dichiarato in udienza dal difensore del fallito (art. 300 c.p.c.); non possono inoltre essere iniziate o proseguite le azioni esecutive o cautelari sui beni compresi nel fallimento, ancorché per crediti maturati nel corso dello stesso (art. 51 l.fall.), fatte salve le ipotesi espressamente stabilite dalla legge (art. 41, comma 2, T.U.B.).

Il termine per la riassunzione di cui all'art. 305 c.p.c., come ricorda **Sez. 1, n. 02658/2019, Di Marzio, Rv. 652546-01**, decorre dalla dichiarazione o notificazione dell'evento interruttivo secondo la previsione dell'art. 300 c.p.c., ovvero, se anteriore, dalla conoscenza legale di detto evento procurata dal curatore del fallimento alle parti interessate.

Ne consegue che il termine per la riassunzione del giudizio a carico della parte non colpita dall'evento interruttivo, la quale abbia preso parte al procedimento fallimentare presentando domanda di ammissione al passivo, decorre dal momento in cui essa abbia avuto conoscenza effettiva del procedimento concorsuale, identificabile a sua volta con il momento in cui sia stata depositata o inviata la domanda di ammissione allo stato passivo (**Sez. 5, n. 15996/2019, D'Aquino, Rv. 654159-01**).

Se sono pendenti procedure esecutive individuali, il curatore può subentrare al creditore che le ha promosse nel rispetto delle regole dettate dal codice di procedura civile.

Tuttavia, gli effetti del subentro devono ricollegarsi al pignoramento.

Ne consegue, come insegna **Sez. 1, n. 12061/2019, Terrusi, Rv. 653882-01**, che se un creditore concorsuale abbia eseguito un sequestro conservativo su un immobile del debitore, successivamente ceduto ad un terzo con un acquisto trascritto prima della conversione del sequestro in pignoramento, l'acquisto del terzo è opponibile al successivo fallimento del debitore dante causa, in quanto il curatore può giovare degli effetti sostanziali e processuali del solo pignoramento, *ex art. 2913 c.c.*, ma non sostituirsi nelle posizioni giuridiche processuali strettamente personali del creditore istante, cui solo giova il sequestro da lui eseguito.

Sempre con riferimento ai rapporti tra procedimenti esecutivi e fallimento, **Sez. 2, n. 22800/2019, Gorjan, Rv. 65522501**, ha chiarito che in tema di espropriazione mobiliare, qualora la vendita delegata all'Istituto Vendite Giudiziarie non sia stata eseguita, per la declaratoria di improcedibilità della procedura esecutiva conseguente all'intervenuto fallimento del debitore, *ex art. 51 l. fall.* (e, quindi, per cause non dipendenti dall'istituto delegato), il giudice dell'esecuzione, nell'individuare il soggetto da onerare della liquidazione del compenso dovuto all'ausiliario, *ex art. 33 del d.m. n. 109 del 1997*, non può derogare ai principi generali posti dall'*art. 8 del d.P.R. n. 115 del 2002* e dall'*art. 95 c.p.c.* Ne consegue che le competenze dell'ausiliario vanno poste a carico del creditore procedente e, cioè, del soggetto tenuto ad anticipare le spese per gli atti del procedimento da lui avviato, in quanto il vincolo del pignoramento permane sino a che i beni non siano stati venduti nell'ambito della procedura fallimentare o questa non sia altrimenti chiusa, con la conseguenza che la procedura esecutiva, esistendo ancora i beni, può nuovamente liberamente svolgersi.

La natura della procedura fallimentare come procedimento espropriativo concorsuale fa sì che la sospensione dei procedimenti esecutivi, prevista dall'*art. 20, comma 4, della legge n. 44 del 1999*, in favore delle vittime di richieste estorsive e dell'usura, non si applica al procedimento cd. "prefallimentare", che non ha natura esecutiva, ma di cognizione. Tale sospensione, per converso, può operare nella fase a vocazione liquidatoria inaugurata dalla sentenza dichiarativa di fallimento (**Sez. 6-1, n. 22787/2019, Pazzi, Rv. 655415-01**).

Le interferenze tra fallimento e processo esecutivo possono ripercuotersi anche sui giudizi di opposizione all'esecuzione.

Infatti, **Sez. 3, n. 22166/2019, Rossetti, Rv. 654938-01**, afferma che nel caso di opposizione di terzo *ex art. 619 c.p.c.*, qualora, nel corso del giudizio, il debitore esecutato sia dichiarato fallito, il processo deve essere interrotto, ai sensi dell'*art. 43,*

comma terzo, l. fall., e la pretesa dell'opponente deve essere accertata in sede fallimentare. L'eventuale riassunzione del processo nei confronti della curatela potrà condurre alla pronuncia di una sentenza meramente dichiarativa e non di condanna, inopponibile al fallimento ed idonea esclusivamente a costituire un titolo da fare valere verso il fallito ove dovesse tornare "*in bonis*" o se il bene oggetto del contendere dovesse restare invenduto alla chiusura della procedura concorsuale.

Se, dunque, in base al citato art. 43 l.fall., la regola è quella dell'interruzione del processo nel caso in cui una parte sia dichiarata fallita, è altrettanto vero che vi sono casi in cui l'intervenuto fallimento può provocare il venir meno dell'interesse ad agire in capo all'attore *in bonis*.

Così, in materia di impugnazione di delibere assembleari della società, **Sez. 1, n. 17117/2019, Nazzicone, Rv. 654282-01**, afferma che il sopravvenuto fallimento di quest'ultima comporta il venir meno dell'interesse ad agire per ottenere una pronuncia di annullamento dell'atto impugnato, quando l'istante non deduca ed argomenti il suo perdurante interesse, avuto riguardo alle utilità attese dopo la chiusura della procedura fallimentare.

L'interesse ad agire, tuttavia, per **Sez. 3, n. 14768/2019, Cricenti, Rv. 65409602**, è senz'altro ravvisabile in capo alla parte appellante, condannata in primo grado in solido con altro soggetto al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno: anche nel caso di fallimento, in corso di giudizio, del condebitore in solido, la parte *in bonis*, infatti, ha interesse alla prosecuzione del giudizio, chiaramente previa estensione del contraddittorio al curatore del fallito, fino alla sentenza definitiva di merito, allo scopo di ottenere l'accertamento della esclusiva responsabilità del condebitore fallito, ovvero di una diversa ripartizione della responsabilità in vista dell'azione di regresso.

La medesima decisione (**Rv. 654096-01**) afferma che nel caso in cui un soggetto, rimasto soccombente all'esito di un giudizio di condanna, sia dichiarato fallito nel corso del giudizio di impugnazione, l'azione proposta non è improcedibile, in quanto, a norma dell'art. 96 l.fall., il creditore, sulla base della sentenza impugnata, può insinuarsi al passivo con riserva, mentre il curatore, dal suo canto, può proseguire il giudizio di impugnazione.

Anche nell'ambito dell'opposizione all'esecuzione proposta dal terzo proprietario assoggettato all'espropriazione per debito altrui, secondo gli artt. 602 ss. c.p.c., essendovi un litisconsorzio necessario tra il terzo opponente e il debitore, si pone il problema dell'estensione del contraddittorio al debitore che sia dichiarato fallito nel corso del giudizio di opposizione promosso dal terzo.

Sez. 6-3, n. 04763/2019, Scrima, Rv. 653012-01, in proposito ha affermato che anche nel caso di fallimento del debitore, l'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* promossa dal terzo assoggettato all'espropriazione deve essere notificata al debitore in proprio,

per l'eventualità in cui egli ritorni, o sia ritornato, *in bonis*; tuttavia, deve ammettersi la legittimazione a stare in giudizio, in luogo del debitore fallito, del curatore, atteso l'interesse del terzo opponente a rendere opponibile il giudizio al fallimento allo scopo di poter esercitare, nelle forme dell'insinuazione al passivo, l'azione di regresso.

1.2. La sentenza di fallimento ed il suo reclamo.

Ove, all'esito dell'istruttoria prefallimentare, risulti accertata la sussistenza dei presupposti, soggettivi ed oggettivi, del fallimento, nonché il requisito di cui all'art. 15, comma nono, l.fall., relativo all'emersione di debiti scaduti e non pagati di ammontare non inferiore a trentamila euro, il tribunale, in camera di consiglio, dichiara con sentenza il fallimento del debitore.

Contro la sentenza dichiarativa di fallimento può essere proposto reclamo da parte di chi intenda contestare la sussistenza, al momento in cui è stato dichiarato il fallimento, dei presupposti, soggettivi o oggettivi, richiesti dalla legge.

Il principio è pacifico nella giurisprudenza della Suprema Corte: **Sez. 1, n. 24424/2019, Dolmetta, Rv. 655431-01**, afferma che in sede di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento, l'accertamento dello stato di insolvenza va compiuto con riferimento alla data della dichiarazione di fallimento, ma può fondarsi anche su fatti diversi da quelli in base ai quali il fallimento è stato dichiarato, purché si tratti di fatti anteriori alla pronuncia, anche se conosciuti successivamente in sede di gravame.

Sez. 6-1, n. 04893/2019, Nazzicone, Rv. 653133-01, ricorda che, limitatamente ai procedimenti in cui trova applicazione la riforma di cui al d.lgs. n. 169 del 2007, che ha modificato l'art. 18 l. fall., ridenominando tale mezzo come "reclamo" in luogo del precedente "appello", non operano i limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 c.p.c. Ne consegue che il debitore, benché non costituito innanzi al tribunale, può indicare in sede di reclamo i mezzi di prova di cui intende avvalersi, anche per la prima volta, al fine di dimostrare la sussistenza dei limiti dimensionali di cui all'art. 1, comma secondo, l.fall.

Ai sensi dell'art. 18 l. fall., la legittimazione alla proposizione del reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento spetta, oltre che al debitore, a "*qualunque interessato*".

Anche l'amministratore di società di capitali, secondo **Sez. 1, n. 7190/2019, Vella, Rv. 653110-01**, è legittimato quale "interessato" *iure proprio* a proporre reclamo avverso la dichiarazione di fallimento della società, considerata l'ampia formula dell'art. 18 l.fall., essendo tale mezzo di impugnazione destinato a rimuovere gli effetti riflessi, individuabili nelle responsabilità civile e penale, che possono derivare a suo danno dal fallimento.

Con riferimento alle modalità e alle condizioni dell'intervento in sede di reclamo, **Sez. 1, n. 13272/2019, Terrusi, Rv. 65377401**, ha affermato che, ai sensi dell'art. 18, comma 9, l. fall., qualunque interessato può intervenire, entro il termine stabilito per la costituzione della parte resistente, anche soltanto "*ad adiuvandum*" nei confronti di quest'ultima, essendo sufficiente l'allegazione di un interesse concreto ed attuale in capo al terzo che interviene.

Il giudice del reclamo proposto avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, secondo **Sez. 1, n. 3861/2019, Pazzi, Rv. 652556-01**, ove ravvisi l'inesistenza della notificazione del ricorso introduttivo depositato regolarmente in cancelleria, deve revocare il provvedimento impugnato e, in applicazione analogica dell'art. 354 c.p.c., rimettere la causa al primo giudice.

Sempre nell'ambito del procedimento di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, **Sez. 1, n. 16122/2019, Pazzi, Rv. 654629-01**, precisa che qualora l'unico creditore istante desista dalla domanda, occorre distinguere la desistenza dovuta al pagamento del credito da quella non accompagnata dall'estinzione dell'obbligazione: in questo secondo caso la desistenza, quale atto di natura meramente processuale rivolto, al pari della domanda iniziale, al giudice, che ne deve tenere conto ai fini della decisione, è inidonea a determinare la revoca della sentenza di fallimento, ove prodotta soltanto in sede di reclamo; al contrario, la desistenza conseguente all'estinzione dell'obbligazione fa venir meno la legittimazione del creditore istante al momento della dichiarazione di fallimento se il pagamento risulti avvenuto in epoca antecedente a questa, con atto di data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c.

Inoltre, con riferimento al termine per proporre ricorso per cassazione contro la sentenza di rigetto del reclamo avverso la pronuncia dichiarativa di fallimento, **Sez. 6-1, n. 23443/2019, Pazzi, Rv. 655506-01**, ha chiarito che la notifica del testo integrale del provvedimento, effettuata, ai sensi dell'art. 18, comma tredicesimo, l.fall., dal cancelliere mediante posta elettronica certificata, ai sensi dell'art. 16, comma 4, del d.l. n. 179 del 2012, convertito con modificazioni dalla legge n. 221 del 2012, è idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione in cassazione, ai sensi dell'art. 18, comma 14, l. fall., non ostandovi il nuovo testo dell'art. 133, comma secondo, c.p.c., come novellato dal d.l. n. 90 del 2014, convertito con modificazioni dalla l. n. 114 del 2014, secondo il quale la comunicazione del testo integrale della sentenza da parte del cancelliere non è idonea a far decorrere i termini brevi per le impugnazioni di cui all'art. 325 c.p.c., perché la norma del codice di rito trova applicazione solo nel caso di atto di impulso di controparte, ma non incide sulle norme derogatorie e speciali che ancorano la decorrenza del termine breve di impugnazione alla mera comunicazione di un provvedimento da parte della cancelleria.

Per converso, con riferimento al decreto con cui la corte di appello, ai sensi dell'art. 22, comma quarto, l. fall., dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006, accoglie il reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, disponendo la trasmissione degli atti al tribunale per la dichiarazione di fallimento, secondo **Sez. 1, n. 30202/2019, Pazzi, Rv. 656270 – 01**, esso non è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma settimo, Cost., difettando i requisiti della definitività e della decisorietà, in quanto l'incidenza sui diritti soggettivi delle parti coinvolte deriva dalla successiva dichiarazione di fallimento, di cui il provvedimento della corte di appello costituisce un momento del relativo complesso procedimento.

Quanto, infine, ai rapporti tra la domanda di concordato preventivo e l'istanza di fallimento, **Sez. 1, n. 15094/2019, Pazzi, Rv. 654270-01** ha affermato che la contemporanea pendenza dei relativi procedimenti dà luogo ad un fenomeno di continenza, che impone la riunione dei relativi procedimenti ai sensi dell'art. 273 c.p.c.; tuttavia, l'omessa riunione non determina alcuna nullità, né impedisce la dichiarazione di fallimento, quando il tribunale abbia già disposto la revoca dell'ammissione alla procedura concordataria, purché il debitore abbia avuto formale conoscenza dell'iniziativa per la sua dichiarazione di fallimento.

2. Gli organi della procedura.

Alcune significative pronunce hanno riguardato, sotto varie sfaccettature, ruolo, prerogative, posizione degli organi concorsuali.

Sez. 1, n. 30446/2019, Genovese, Rv. 656271 - 01 ha osservato che il curatore del fallimento che proponga domanda giudiziale di adempimento di un'obbligazione contratta dal terzo nei confronti dell'imprenditore in epoca antecedente al fallimento esercita un'azione rinvenuta nel patrimonio del fallito stesso, ponendosi, conseguentemente, nella sua stessa posizione sostanziale e processuale, nella posizione, cioè, che avrebbe avuto il fallito agendo in proprio al fine di acquisire al suo patrimonio poste attive di sua spettanza già prima della dichiarazione di fallimento, ed indipendentemente dal dissesto successivamente verificatosi. Ne consegue che, evocato in giudizio dal curatore, il terzo convenuto può a questi legittimamente opporre tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'imprenditore fallito, comprese le prove documentali da questo provenienti, senza i limiti di cui all'art. 2704 c.c., potendo altresì trovare applicazione l'art. 2709 c.c., secondo cui i libri e le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione fanno prova contro l'imprenditore, essendo egli subentrato nella medesima posizione processuale e sostanziale di quest'ultimo.

Sul piano dei compiti e delle opportunità operative del curatore, **Sez. 1, n. 23452/2019, Guido, Rv. 655305-02**, si è incaricata di chiarire i margini dell'azione

di responsabilità sociale e dei creditori sociali, in particolare precisando che l'azione esercitata dal curatore *ex art. 146 l.fall.* cumula in sé le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c. a favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali, in relazione alle quali assume contenuto inscindibile e connotazione autonoma - quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali -, implicando una modifica della legittimazione attiva, ma non della natura giuridica e dei presupposti delle due azioni, che rimangono diversi ed indipendenti. Ne discende che la mancata specificazione del titolo nella domanda giudiziale, lungi dal determinare la sua nullità per indeterminatezza, fa presumere, in assenza di un contenuto anche implicitamente diretto a far valere una sola delle azioni, che il curatore abbia inteso esercitare congiuntamente entrambe le azioni.

La medesima pronuncia chiarisce (**Rv. 655305-01**) che anche dopo la riforma societaria di cui al d.lgs. n. 6 del 2003, il curatore ai sensi dell'art. 146 l.fall. è legittimato ad esperire l'azione dei creditori sociali, pure in mancanza di un espresso richiamo all'art. 2394 c.c. previsto per le sole società per azioni ma applicabile in via analogica, in quanto, accedendo ad una diversa interpretazione, si creerebbe una disparità di trattamento ingiustificata tra i creditori della società azionaria e quelli della s.r.l., e tenuto conto che dopo la novella dell'art. 2476 c.c., introdotta dall'art. 378 del d.lgs. n. 14 del 2019, anche nella società a responsabilità limitata è ora espressamente ammessa l'azione dei creditori sociali. In tal guisa, la decisione in parola reitera un orientamento già sedimentato.

Sempre in ambito di azioni di responsabilità, propizia è giunta la puntualizzazione resa da **Sez. U, n. 10019/2019, Vincenti, Rv. 653596-02**, secondo cui l'azione di responsabilità esercitata, *ex art. 146, comma secondo, l. fall.*, dal curatore del fallimento di una società cd. *in house* nei confronti degli amministratori, dei componenti degli organi di controllo e del direttore generale della stessa, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in conseguenza della scelta del paradigma privatistico, che comporta, in mancanza di specifiche disposizioni in contrario o di ragioni ostative di sistema, l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato, salva la giurisdizione contabile sulle controversie in materia di danno erariale eventualmente ascrivibile alla condotta degli anzidetti soggetti, sicché, ove sia prospettato anche un danno erariale, deve ritenersi ammissibile la proposizione, per gli stessi fatti, di un giudizio civile e di un giudizio contabile risarcitorio.

Ancora sullo scenario processuale si muove **Sez. 1, n. 22385/2019, Dolmetta, Rv. 655289-02**, la quale evidenzia che il curatore fallimentare è legittimato a far valere la nullità del contratto bancario non redatto per iscritto, in violazione dell'art. 117, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 385 del 1993, perché il curatore ha la gestione del

patrimonio fallimentare e la sua posizione di terzietà rispetto al fallito è prevista per assicurare una maggiore protezione della massa dei creditori, come confermato dall'art. 119, comma 4, del d.lgs. citato, che riconosce al curatore, in quanto soggetto che subentra nell'amministrazione dei beni del fallito, il diritto ad ottenere la documentazione inerente i rapporti bancari intrattenuti dal fallito con l'istituto di credito.

Sez. 2, n. 20193/2019, Scarpa, Rv. 654980-01, attiene alla figura del coadiutore del curatore, la cui nomina, ai sensi dell'art. 32, comma secondo, l.fall., resta assoggettata alle norme pubblicistiche che regolano l'affidamento di incarichi nella procedura fallimentare. Ne deriva che l'attività d'ausilio non è riconducibile all'esecuzione di un contratto d'opera professionale, atteso che la curatela si avvale di esso per ricevere un contributo tecnico al perseguimento delle finalità istituzionali. Pertanto, al rapporto che si instaura tra le parti è inapplicabile la disciplina risultante dagli artt. 1418 e 2231 c.c., in forza della quale l'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale, effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito albo previsto dalla legge, dà luogo a nullità assoluta del contratto tra professionista e cliente, privando il professionista non iscritto del diritto al pagamento del compenso.

Un corollario importante della fisionomia del ruolo del curatore è colto da **Sez. 3, n. 04321/2019, Cigna, Rv. 652688-01**: la premessa è che allorquando agisca in giudizio per ottenere l'adempimento di un contratto stipulato dall'imprenditore prima del fallimento, il curatore non rappresenta la massa dei creditori, la quale pure si giova del risultato utile in tal modo perseguito, ma il fallito, spossessato, nella cui posizione giuridica egli subentra, e dei cui diritti si avvale; la conseguenza tratta sta in ciò, che il curatore non è terzo e non può invocare l'inopponibilità ad esso delle pattuizioni del contratto dissimulato intervenuto tra le parti sol perché il documento, recante la prova della simulazione relativa, è privo di data certa *ex art. 2704 c.c.* anteriore al fallimento. Nella specie, in applicazione del principio, la Corte ha ritenuto opponibile alla curatela la controscrittura, costituente la prova della simulazione relativa del contratto di appalto stipulato dall'imprenditore *in bonis*, di cui era stato chiesto l'adempimento, dissimulante in realtà una permuta, sul rilievo che, stante la posizione di non terzietà del curatore rispetto ai rapporti tra le parti contrattuali originarie, a nulla rilevasse la mancanza di data certa della detta controscrittura.

Sez. 6 - 1, n. 22272/2019, Pazzi, Rv. 655322-01, interviene sulla tematica del compenso della curatela, ribadendo il principio secondo cui, in ipotesi di successione di curatori, la liquidazione delle relative spettanze necessita di specifica ed analitica motivazione, sorretta dalla valutazione personalizzata, non cumulativa, dell'opera prestata da ciascuno di essi, dei risultati ottenuti e della sollecitudine con cui sono state condotte le operazioni; in particolare, ai fini dell'applicazione del criterio di proporzionalità *ex art. 39, comma terzo, l.fall.*, deve essere precisato l'ammontare

dell'attivo realizzato da ciascun curatore, determinando, all'interno dei valori così identificati, il compenso da attribuire ad ognuno temperando il criterio di cassa della realizzazione dell'attivo con quello di competenza, nei casi in cui il momento solutorio, conseguente alla fase liquidatoria dei beni, ricada temporalmente nella gestione del curatore subentrato, pur essendo causalmente riferibile ad operazioni condotte da quello revocato.

2.1. I reclami endofallimentari.

Sez. 3, n. 25025/2019, Rubino, Rv. 655638-01, si è occupata del regime d'impugnazione dell'ordine di rilascio immediato dell'immobile trasferito in sede endoconcordataria, adottato dal giudice delegato. Il relativo decreto è assoggettato a procedura concordataria sicché va impugnato in sede fallimentare mediante il reclamo previsto dall'art. 26 l. fall. Pertanto, il giudice di legittimità, investito del ricorso per cassazione avverso la sentenza di rigetto dell'impugnazione con cui sia stata confermata la reiezione dell'opposizione all'esecuzione pronunciata dal tribunale avverso il decreto di rilascio emesso dal giudice delegato, è tenuto pregiudizialmente a rilevarne d'ufficio l'inammissibilità, cassando senza rinvio, poiché la domanda può essere proposta solo mediante il reclamo *ex art. 26 cit.*

Un'essenziale precisazione in punto di legittimazione a reclamare è stata svolta da **Sez. U, n. 24068/2019, Genovese, Rv. 655120-02**, ad avviso della quale, in tema di riparto fallimentare, ai sensi dell'art. 110 l. fall. (nel testo applicabile *ratione temporis* come modificato dal d.lgs. n. 169 del 2007), sia il mezzo di cui all'art. 36 l.fall., adoperabile avverso il progetto – predisposto dal curatore – di riparto, anche parziale, delle somme disponibili, sia lo strumento di cui all'art. 26 l.fall., utilizzabile contro il decreto del giudice delegato che abbia deciso il primo reclamo, possono essere proposti da qualunque controinteressato, inteso quale creditore che, in qualche modo, sarebbe potenzialmente pregiudicato dalla diversa ripartizione auspicata dal reclamante, ed in entrambe le impugnazioni il ricorso va notificato a tutti i restanti creditori ammessi alla ripartizione.

Di sicuro rilievo è l'esclusione – operata da **Sez. 1, n. 17835/2019, Terrusi, Rv. 654541-01** – dell'impugnabilità per cassazione, con ricorso straordinario, ai sensi dell'art. 111, comma settimo, Cost., del decreto con il quale il tribunale si pronuncia sul reclamo *ex art. 26 l. fall.* contro il provvedimento, emesso dal giudice delegato in sostituzione del comitato dei creditori, di autorizzazione del curatore alla rinuncia alla liquidazione di uno o più beni dell'attivo fallimentare, ai sensi dell'art. 104 *ter*, comma ottavo, l. fall.. Al provvedimento autorizzativo della cd. *derelictio* di beni viene riconosciuta, infatti, natura ordinatoria e non decisoria, in quanto volto a regolare l'esercizio di poteri gestori del curatore senza incidere su diritti soggettivi del fallito,

ed essendo privo del requisito della definitività, in quanto la scelta gestoria compiuta è sempre suscettibile di modificazione, salva l'eventuale maturazione *medio tempore* di incompatibili diritti di terzi.

Su una cornice argomentativa sostanzialmente affine si regge **Sez. 1, n. 00212/2019, Campese, Rv. 652069-01**, la quale, nell'escludere l'ammissibilità del ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma settimo, Cost., nei confronti del decreto del tribunale che accoglie il reclamo *ex art.* 26 l. fall. avverso il provvedimento del giudice delegato di diniego all'accesso, *ex art.* 90, comma terzo, l.fall., al fascicolo del fallimento, mette in luce la natura non decisoria di detto provvedimento, invero non incidente su un diritto soggettivo dell'istante e non suscettibile di divenire definitivo, contrariamente alla statuizione sulle spese giudiziali che ha ad oggetto posizioni giuridiche soggettive di debito e credito derivanti da un rapporto obbligatorio autonomo ed avverso la quale non è previsto alcun mezzo di impugnazione.

3. Le revocatorie in generale.

L'attivo oggetto della liquidazione concorsuale non è rappresentato solo da quanto si trovi nel patrimonio dell'imprenditore insolvente al momento della dichiarazione di fallimento, potendo ricomprendere anche valori che non vi fanno più parte, perché di essi l'imprenditore ha già validamente disposto. Al fine, dunque, di assicurare una migliore soddisfazione dell'interesse dei creditori è dettata una serie di regole volte a ricostruire l'attivo fallimentare ed a reintegrare la garanzia patrimoniale, recuperando beni fuoriusciti dal patrimonio del debitore attraverso atti posti in essere prima della dichiarazione di fallimento: in particolare, il legislatore, oltre a riconoscere al curatore la possibilità di esperire l'azione revocatoria ordinaria "*secondo le norme del codice civile*" (art. 66 l. fall.), prevede un complesso sistema di norme (artt. 64, 65 e 67 ss. l. fall.) che operano soltanto all'interno della procedura, e che dunque risultano applicabili solo a seguito della sua apertura.

Il sistema si presenta molto articolato, potendosi distinguere i casi in cui l'inefficacia opera automaticamente, a seguito della sentenza di fallimento (cd. inefficacia *ex lege*), da quelli in cui essa presuppone, invece, una pronuncia giudiziale conseguente all'esperimento da parte del curatore dell'azione revocatoria.

In tema di pagamenti spettanti al fallito, come pure di atti di disposizione, , se effettuati dopo la dichiarazione di fallimento ed a soggetti diversi dalla curatela, **Sez. 1, n. 24602/2019, Guido, Rv. 655762 - 01**, afferma che l'inefficacia degli stessi è conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del fallito, valevole *erga omnes* e senza che rilevi lo stato soggettivo del *solvens*, a prescindere dunque dalla trascrizione della sentenza di fallimento.

Le norme in tema di inefficacia di pagamenti, contenute nella legge fallimentare, sono applicabili anche ai conti correnti postali, in virtù della espressa previsione di cui all'art. 24 del d.p.r. n. 156 del 1973, non derogata dal successivo art. 82, con la conseguenza che devono ritenersi inefficaci, *ex art.* 44 l. fall., gli addebiti effettuati su detto conto dopo la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, senza che sia necessaria la sua notificazione a Poste Italiane s.p.a., posto che la disciplina prevista dall'art. 17 l. fall. fonda la sussistenza di una presunzione generale di conoscenza della pronuncia che dichiara aperta la procedura concorsuale (**Sez. 1, n. 06375/2019, Vella, Rv. 652817-01**).

L'esigenza di tutela della *par condicio creditorum*, che costituisce la *ratio* delle norme che prevedono l'inefficacia di atti e pagamenti in ambito fallimentare, riguarda anche la procedura di concordato preventivo: così **Sez. 1, n. 06381/2019, Di Virgilio, Rv. 652734-01**, afferma che l'art. 168, comma terzo, l. fall. (come novellato dal d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012), secondo cui l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione della domanda di concordato preventivo, in applicazione del principio della cd. "consecuzione delle procedure", trova applicazione anche nel caso in cui all'apertura della procedura di concordato preventivo faccia seguito la dichiarazione di fallimento.

Con riferimento ai titoli di credito, nel caso di girata prefallimentare di una cambiale emessa dal terzo a favore del creditore poi fallito quando questi era *in bonis*, **Sez. 1, n. 08972/2019, Nazzicone, Rv. 653237-01**, ribadisce che è inefficace, ai sensi dell'art. 44 l. fall., il pagamento al giratario avvenuto dopo la dichiarazione di fallimento, atteso che il momento rilevante è quello del pagamento e non della girata in quanto questa non implica l'estinzione dell'obbligazione causale, che si verifica solo quando la cambiale sia scaduta ed effettivamente onorata.

L'inefficacia del pagamento si verifica solo quando esso provenga dal patrimonio del fallito, a prescindere dalle modalità con cui la provvista sia stata messa a disposizione del creditore.

Se, invece, il soggetto che estingue il debito è un terzo con il proprio patrimonio, il pagamento effettuato non sarà inefficace.

A tal proposito, **Sez. 6-1, n. 13458/2019, Pazzi, Rv. 653899-01**, afferma che il principio di autonomia contrattuale consente al fideiussore di uno scoperto di conto corrente bancario di poter estinguere il proprio debito fideiussorio, oltre che in modo diretto (ossia mediante versamento alla banca personalmente), altresì in modo indiretto (cioè mediante accredito della somma sul conto del garantito, perché la banca se ne giovi), di modo che, quando un terzo versi sul conto corrente del debitore, e dopo il fallimento di costui, una somma a riduzione dello scoperto del conto stesso per il quale egli aveva prestato fideiussione, e non risulti la sussistenza

di debiti verso il fallito da parte del terzo, deve ritenersi che questi abbia adempiuto il proprio debito fideiussorio, restando peraltro il relativo accredito sottratto alla dichiarazione di inefficacia di cui all'art. 44 l. fall. ovvero all'azione revocatoria di cui all'art. 67 l. fall..

Diversamente, per **Sez. 6-1, n. 26856/2019, Falabella, Rv. 655817-01**, quando viene dichiarato il fallimento del terzo che adempie un debito altrui, mancando nello schema causale tipico la controprestazione in favore del disponente, si presume che l'atto sia stato compiuto gratuitamente, pagando il terzo, per definizione, un debito non proprio e non prevedendo la struttura del negozio nessuna controprestazione in suo favore; pertanto, nel giudizio avente ad oggetto la dichiarazione di inefficacia di tale atto, ai sensi dell'art. 64 l. fall., incombe al creditore beneficiario l'onere di provare, con ogni mezzo previsto dall'ordinamento, che il disponente abbia ricevuto un vantaggio in seguito all'atto che ha posto in essere, in quanto questo perseguiva un suo interesse economicamente apprezzabile.

Ai sensi del primo comma dell'art. 95 l. fall., nel testo introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006, nella verifica dello stato passivo, il curatore può eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere, nonché l'inefficacia del titolo su cui sono fondati il credito o la prelazione, anche se è prescritta la relativa azione.

Di conseguenza, ricorda **Sez. 1, n. 03778/2019, Vella, Rv. 652550-01**, che il curatore, per escludere il credito o la garanzia, non è tenuto a proporre l'azione revocatoria fallimentare, né ad agire in via riconvenzionale nel giudizio di opposizione allo stato passivo promosso dal creditore ai sensi dell'art. 98 l.fall. Qualora, tuttavia, non sia stata proposta azione revocatoria in senso formale, ma sia stata solo sollevata eccezione finalizzata a paralizzare la pretesa creditoria, il giudice delegato non dichiara l'inefficacia del titolo del credito o della garanzia, né dispone la restituzione, ma si limita ad escludere il credito o la prelazione, a ragione della revocabilità del relativo titolo, con effetti limitati all'ambito della verifica dello stato passivo al quale la richiesta del curatore è strettamente funzionale.

3.1. Revocatoria ordinaria e fallimentare. La revocatoria dei pagamenti.

L'azione revocatoria ordinaria si inserisce nel novero degli strumenti attribuiti al curatore al fine della ricostituzione del patrimonio del debitore fallito e allo scopo di rendere inefficaci nei confronti della massa diritti di prelazione costituiti sui beni dell'attivo prima della dichiarazione di fallimento.

Le restrizioni presenti nella disciplina della revocatoria fallimentare rendono comunque frequente e rilevante il ricorso alla revocatoria ordinaria da parte del curatore.

La legittimazione ad agire spetta in ogni caso al curatore e non ai singoli curatori, come avverrebbe se l'azione fosse proposta prima della dichiarazione di fallimento. Se essa era stata proposta prima della dichiarazione di fallimento il processo si interrompe ed è ormai prevalente l'orientamento secondo cui potrà proseguirlo il curatore, a meno che egli non preferisca iniziare un nuovo giudizio.

L'azione si propone, ai sensi dell'art. 66, comma secondo, l. fall., dinanzi al tribunale fallimentare, che al riguardo ha una competenza esclusiva e inderogabile.

L'esperimento vittorioso dell'azione revocatoria dà luogo, anche in sede fallimentare, all'inefficacia degli atti di disposizione compiuti dal debitore e della costituzione di garanzie reali sui suoi beni, nel qual caso il terzo non potrà avvalersene nell'insinuazione al passivo.

Dell'inefficacia si avvantaggia l'intera massa, a differenza di quando l'azione viene esperita fuori dal fallimento, nel qual caso se ne avvantaggia unicamente il creditore che ha agito.

Quando, poi, oggetto di revocatoria sia un atto di disposizione, al vittorioso esperimento dell'azione segue l'apprensione alla massa dei beni da parte della procedura, mentre, nel caso in cui l'azione sia esperita dal creditore individuale, quest'ultimo, ove risulti vittorioso, potrà procedere all'espropriazione individuale.

Con riferimento al rapporto tra il divieto di azioni esecutive individuali e l'azione revocatoria ordinaria, **Sez. 3, n. 14892/2019, Cirillo, Rv. 654208-01**, ha chiarito che il creditore dell'alienante che abbia esercitato l'azione revocatoria ordinaria nei confronti dell'acquirente con domanda trascritta prima del fallimento di quest'ultimo, nel caso in cui risulti vincitore, non lo abilita a promuovere l'esecuzione sul bene oggetto dell'atto dispositivo, ma lo colloca in posizione analoga a quella del titolare del diritto di prelazione e gli consente di conseguire, in sede di ricavato della vendita del bene da parte degli organi fallimentari dell'acquirente, la separazione della somma corrispondente al suo credito verso l'alienante *in bonis*, per esserne soddisfatto in via prioritaria.

Se la restituzione del bene in natura da parte del terzo non è possibile, questi sarà tenuto alla corresponsione del valore del bene.

La posizione del terzo che ha subito la revocatoria da parte del curatore è disciplinata dall'art. 70, comma secondo, l. fall., e non dall'art. 2902 c.c.

Ne consegue che colui che, a seguito dell'azione revocatoria ordinaria esperita dal curatore (o da lui seguita), ha restituito quanto aveva ricevuto, ha diritto ad insinuarsi al passivo per il suo eventuale credito.

Il tema dell'insinuazione al passivo del terzo all'esito del vittorioso esperimento, da parte del curatore, dell'azione revocatoria, sia ordinaria che fallimentare, si interseca con quello della partecipazione al riparto dell'attivo fallimentare dei creditori tardivi.

A tal proposito, **Sez. 1, n. 08977/2019, Campese, Rv. 653240-01** ha chiarito che l'art. 71 l. fall. (nel testo vigente anteriormente alla sua abrogazione *ex d.lgs. n. 5 del 2006*), che prevedeva l'ammissione al passivo di chi, per effetto del positivo esperimento dell'azione revocatoria da parte del curatore, avesse restituito quanto ricevuto dal fallito, non configura un'ipotesi di accertamento *ex lege* della non imputabilità al creditore del ritardo nella insinuazione al passivo, atteso che ciò, risolvendosi nell'assunto della specialità dei crediti concorsuali nascenti dall'esito positivo della revocatoria e, quindi, della retroattività assoluta della loro insinuazione, con effetto dirompente sull'attività di accertamento del passivo e di riparto dell'attivo, è privo di riscontro nel sistema, il quale, se non considera illecita la prestazione del fallito soggetta a revocatoria, non apprezza però, nella posizione del convenuto soccombente in revocatoria, ragioni meritevoli di particolare tutela.

In tema di azione revocatoria ordinaria di un atto di disposizione patrimoniale compiuto da società di capitali successivamente dichiarata fallita, il curatore, al fine di dimostrare la sussistenza dell'*eventus damni*, ha l'onere di provare la sussistenza dei crediti vantati dai creditori ammessi al passivo fallimentare; la sussistenza, al tempo del compimento del negozio, di una situazione patrimoniale della società che mettesse a rischio la realizzazione dei crediti sociali; il mutamento qualitativo o quantitativo della garanzia patrimoniale generica, rappresentata dal patrimonio sociale, determinato dall'atto dispositivo (**Sez. 3, n. 19515/2019, Fieconci, Rv. 654441-01**).

Alla revocatoria fallimentare, invece, sono soggetti gli atti del debitore compiuti in un determinato periodo (che può essere, a seconda dei casi, di un anno o di sei mesi) precedente la dichiarazione di fallimento, ricorrendo determinati presupposti previsti dalla legge.

Le fattispecie considerate dal legislatore al fine dell'assoggettamento a revocatoria fallimentare possono essere schematicamente riassunte, come suggerisce la stessa rubrica dell'art. 67 l. fall., in tre categorie: atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie.

Ai fini della revocatoria fallimentare, è rilevante la conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore.

Tale conoscenza, in capo al terzo contraente, deve essere effettiva, ma può essere provata anche con indizi e fondata su elementi di fatto, purché idonei a fornire la prova per presunzioni di tale effettività. Per **Sez. 1, n. 3854/2019, Dolmetta, Rv. 652555-01**, nel solco di un orientamento granitico, la scelta degli elementi che costituiscono la base della presunzione ed il giudizio logico con cui dagli stessi si deduce l'esistenza del fatto ignoto costituiscono un apprezzamento di fatto che, se adeguatamente motivato, sfugge al controllo di legittimità.

Sez. 1, n. 29257/2019, Vella, Rv. 655636-01, ricorda poi che il giudice prima è tenuto a selezionare analiticamente gli elementi presuntivi provvisti di potenziale

efficacia probatoria, successivamente a sottoporre quelli prescelti ad una valutazione complessiva, tesa ad accertarne la concordanza, quindi ad appurare se la loro combinazione sia idonea a rappresentare una valida prova presuntiva.

Nel caso di fusione tra società, secondo **Sez. 1, n. 29256/2019, Vella, Rv. 656041 - 01**, in caso di insolvenza dell'incorporante può essere esperita la revocatoria fallimentare di un atto dispositivo di un immobile anche se esso sia stato posto in essere dalla società incorporata prima della fusione ed anche se l'insolvenza sia stata dichiarata nei confronti della incorporante, in quanto la fusione realizza una successione universale corrispondente a quella *mortis causa*, tale che la incorporante subentra in tutti i rapporti e le situazioni giuridiche della incorporata, diventando il nuovo centro di imputazione di quei rapporti e di quelle situazioni.

Quanto agli atti revocabili, in presenza della prova della *scientia decoctionis* **Sez. 1, n. 18181/2019, Amatore, Rv. 654655-01**, ricorda che può essere revocato, ai sensi dell'art. 67, comma secondo, l. fall., il contratto preliminare di compravendita immobiliare stipulato con atto pubblico nei sei mesi anteriori alla dichiarazione di fallimento del promittente venditore, prima già redatto con scrittura privata, in quanto volto a costituire in favore del promissario acquirente un diritto di prelazione, sfruttando gli effetti dell'art. 2775 *bis* c.c., che non nasce da una fattispecie legale, in sé non suscettibile di revoca, ma consegue alla formazione di un atto negoziale, volto esclusivamente alla rinnovazione del primo contratto con le forme idonee alla trascrizione, senza che abbia rilievo la circostanza che tale atto non riguardi crediti contestualmente creati, posto che la valutazione negativa dell'ordinamento nei confronti della violazione delle regole della "*par condicio creditorum*", resa manifesta nel disposto dell'art. 67, comma 1, l. fall., con riguardo alla costituzione negoziale di garanzie per crediti preesistenti anche non scaduti, vale "*a fortiori*" anche per gli atti costitutivi di diritti di prelazione che riguardino crediti già sorti.

Sempre in tema di revocatoria fallimentare, l'espressione, adoperata dall'art. 67, comma secondo, l. fall., secondo cui sono revocabili, fra l'altro, gli atti "*costitutivi di un diritto di prelazione per debiti contestualmente creati*", si riferisce al caso in cui il diritto di prelazione sorga come effetto giuridico di un atto negoziale diretto a crearlo e, quindi, esclusivamente come effetto di una dichiarazione di volontà delle parti e non per diretta volontà della legge (**Sez. 1, n. 17808/2019, Amatore, Rv. 654538-01**).

Tra gli atti che, ai sensi dell'art. 67, comma primo, l.fall., sono soggetti a revocatoria fallimentare vi sono gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, e sempre che l'altra parte non riesca a provare che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore.

Tra i mezzi anormali di pagamento vi è la cessione di polizze di pegno in funzione solutoria di un debito pecuniario scaduto ed esigibile. Orbene, in caso di vittorioso

esperimento dell'azione revocatoria fallimentare, qualora le polizze anzidette non vengano restituite, secondo **Sez. 1, n. 01399/2019, Falabella, Rv. 652405-01**, si farà luogo all'attribuzione dell'equivalente, consistente non già nell'originario valore di stima del bene pignoratizio, bensì nella differenza tra il valore stimato di quest'ultimo e l'importo dovuto, ai fini dell'estinzione del debito, all'istituto presso il quale il bene in parola risulta essere stato costituito in pegno.

Sez. 1, n. 07508/2019, Solaini, Rv. 653225-01, afferma che la qualificazione dell'atto, del negozio o dei negozi collegati come mezzo anormale di pagamento, e la valutazione degli stessi come indici presuntivi di *scientia decoctionis*, si pongono su piani diversi e rispondono a finalità altrettanto diverse: tuttavia, non contrasta con alcuna regola di diritto la possibilità che proprio la singolarità dell'atto, del negozio o dei negozi collegati, le modalità specifiche della loro stipulazione e la sostanziale configurazione degli stessi come mezzo anormale di pagamento siano assunti quali indici della conoscenza dello stato di insolvenza.

Ai fini del computo a ritroso del cd. periodo sospetto, **Sez. 1, n. 10104/2019, Solaini, Rv. 654170-01**, segnala come il *dies a quo* decorra sempre dalla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento e non già dalla sua iscrizione nel registro delle imprese, ai sensi dell'art. 17, comma secondo, l. fall., non essendovi in questo caso da tutelare un eventuale stato soggettivo di ignoranza dell'intervenuto fallimento da parte del creditore, ma rilevando soltanto la sua conoscenza dello stato d'insolvenza del debitore.

A differenza della revocatoria ordinaria, nell'ambito dell'azione revocatoria fallimentare la nozione di danno non è assunta in tutta la sua estensione perché il pregiudizio alla massa, che può consistere anche nella mera lesione della *par condicio creditorum* o, più esattamente, nella violazione delle regole di collocazione dei crediti, è presunto in ragione del solo fatto dell'insolvenza. **Sez. 1, n. 13002/2019, Nazzicone, Rv. 654255-01**, ricorda peraltro che si tratta di presunzione *iuris tantum*, che può essere vinta dal convenuto, sul quale grava l'onere di provare che in concreto il pregiudizio non sussiste.

Con riferimento agli atti a titolo gratuito, ed all'inefficacia di cui all'art. 64 l. fall., **Sez. 1, n. 08978/2019, Amatore, Rv. 653241-01**, ribadisce come incomba sul curatore la prova della gratuità dell'atto e del suo compimento nel periodo sospetto, mentre grava sulla controparte l'onere di dimostrare i presupposti per l'applicazione dell'esimente della proporzionalità degli atti rispetto al patrimonio che ha natura di eccezione in senso stretto da proporre, a pena di decadenza, nei termini preclusivi previsti dal codice di rito.

Sul tema, in passato particolarmente trattato in sede di legittimità, della revocatoria di rimesse bancarie vanno segnalate:

Sez. 1, n. 25852/2019, Guido, Rv. 655351-01, la quale afferma che se il curatore esercita l'azione revocatoria fallimentare di rimesse bancarie, egli propone tante domande quante sono le rimesse ritenute revocabili, essendo ciascuna di esse fondate su fatti costitutivi diversi, sicché, ove nell'atto di citazione sia stata richiesta la revoca di un loro determinato numero, individuato attraverso il rinvio ad una consulenza di parte, costituisce inammissibile domanda nuova la pretesa di ottenere l'inefficacia di altre rimesse in sede di precisazione delle conclusioni, ancorché nei limiti della somma complessiva oggetto della richiesta di condanna con l'atto introduttivo della lite.

Sez. 1, n. 277 del 2019, Falabella, Rv. 652395-01, a tenore della quale l'art. 67, comma secondo, lett. b), l. fall. (nel testo modificato dal d.l. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella legge n. 80 del 2005) prescinde dalla natura solutoria o ripristinatoria della rimessa e quindi dal fatto che la stessa afferisca a un conto scoperto o solo passivo, ma impone al giudice del merito di verificare la revocabilità del pagamento avendo riguardo alla sua consistenza e alla sua durevolezza. Pertanto, l'accertamento non può consistere nella sola quantificazione della differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle pretese della banca nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza e l'importo delle stesse alla data di apertura del concorso, come previsto dal successivo art. 70, comma 3 (nel testo novellato dal citato d.l. n. 35 del 2005 e modificato, da ultimo, dalla legge n. 169 del 2008), giacché quest'ultima disposizione indica solo il limite massimo dell'importo che il convenuto in revocatoria può essere tenuto a restituire.

Sez. 1, n. 01871/2019, Falabella, Rv. 652409-01, per cui la consegna del debitore al proprio creditore di un assegno bancario o circolare all'ordine di un altro soggetto, e da questi girato in bianco, si presume, salvo prova contraria, che integri pagamento da parte del debitore stesso che abbia operato la consegna ed è come tale revocabile nel concorso dei presupposti di cui all'art. 67 l. fall.

Sez. 1, n. 08970/2019, Nazzicone, Rv. 653236-01, a parere della quale quando ad una procedura di concordato preventivo sia seguita la dichiarazione di fallimento, nel regime vigente prima dell'introduzione dell'art. 69 *bis*, comma secondo, l. fall., il periodo sospetto, ai fini della proposizione dell'azione revocatoria fallimentare, deve essere computato, a ritroso, a partire dalla data del decreto di ammissione alla procedura di concordato e non da quella del deposito della relativa domanda, attesa l'omogeneità tra sentenza di fallimento e decreto di ammissione al concordato.

L'azione revocatoria è esperibile anche nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, come regolata dalla l. n. 95 del 1979, di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 26 del 1979.

Essa, infatti, non è un istituto derogatorio rispetto alla disciplina generale del fallimento, in quanto non ha alcun carattere "selettivo" tale da farle assumere le

caratteristiche di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 (già art. 92) del Trattato CE (nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea).

Sez. 1, n. 03871/2019, Pazzi, Rv. 652557-01, afferma che non può distinguersi tra esercizio dell'azione nella cd. fase di risanamento e nella cd. fase di liquidazione della procedura di amministrazione straordinaria, sì da limitarne la compatibilità con l'ordinamento comunitario al solo esercizio nella seconda fase, e dunque non prima del momento in cui inizia la liquidazione dei beni, atteso che ciò che rileva, ai fini della individuazione dell'aiuto di Stato, non è che l'azione sia esercitata prima o durante la liquidazione dei beni, quanto che essa sia direttamente ed esclusivamente destinata alla conservazione dell'impresa nel mercato, piuttosto che all'estinzione delle sue passività.

D'altra parte, **Sez. 1, n. 08974/2019, Campese, Rv. 653239-01**, ribadisce che anche quando l'azione revocatoria è esercitata durante la fase conservativa, essa è diretta a produrre risorse da destinare all'espropriazione forzata a fini soddisfattori, di tutela degli interessi di tutti i creditori. Né rileva che il bene recuperato con l'azione revocatoria non sia destinato immediatamente alla liquidazione e al riparto tra i creditori, poiché è sufficiente che esso concorra con gli altri beni a determinare il patrimonio ripartibile al termine del tentativo di risanamento.

In tema di *factoring*, **Sez. 1, n. 11589/2019, Terrusi, Rv. 653769-01**, afferma che i pagamenti eseguiti in favore dell'imprenditore cedente non sono revocabili, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 52 del 1991, a condizione che il cessionario sia una banca o un intermediario finanziario di cui al d.lgs. n. 385 del 1993, ovvero una società che svolga l'attività di acquisto di crediti da soggetti appartenenti al proprio gruppo che non siano intermediari finanziari, e che i crediti ceduti sorgano da contratti stipulati nell'esercizio dell'impresa, restando irrilevante che la cessione sia avvenuta mediante l'erogazione di una anticipazione sul valore dei crediti ceduti.

L'art. 67, comma terzo, l. fall. esclude una serie di atti dalla revocatoria fallimentare, tra i quali i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Sez. 1, n. 07580/2019, Guido, Rv. 653230-01, afferma che il rinvio dell'art. 67, comma terzo, lett. a), l. fall. ai "termini d'uso", ai fini dell'esenzione dalla revocatoria fallimentare per i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa, attiene alle modalità di pagamento concretamente invalse tra le parti, dovendo il giudice di merito verificare anche l'eventuale sistematica tolleranza del creditore di ritardi nei pagamenti rispetto alle scadenze pattizamente convenute.

Sez. 1, n. 03778/2019, Vella, Rv. 652550-02, chiarisce che l'art. 67, comma terzo, lett. e), l.fall., nel prevedere l'esclusione dall'assoggettamento all'azione revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182 *bis* l. fall. ha riguardo alla sola azione

revocatoria fallimentare e non anche a quella ordinaria che, in base a quanto stabilito dall'art. 66 della stessa legge, è disciplinata integralmente secondo le norme del codice civile.

Sez. 1, n. 08973/2019, Nazzicone, Rv. 653238-01, ricorda invece che l'azione revocatoria dell'atto dispositivo della casa d'abitazione del fallito non è oggetto di alcuna deroga rispetto alle norme ordinarie; infatti, l'art. 47, comma secondo, l. fall., nel vietare che la casa di proprietà del fallito, nei limiti in cui è necessaria per l'abitazione di lui e della sua famiglia, possa essere distratta dal suo uso prima della liquidazione delle altre attività, si pone su un piano diverso dalla domanda diretta a far valere l'inefficacia dell'atto con cui il medesimo fallito abbia disposto del suo diritto all'abitazione, *ex* art. 1022 c.c., sicché l'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare è sempre ammessa.

4. I rapporti pendenti.

La dichiarazione di fallimento comporta il sub ingresso del curatore nella gestione della totalità dei rapporti giuridici relativi al patrimonio sottoposto al concorso: la procedura dovrebbe quindi sostituirsi al fallito in tutti i contratti, purché ad essa opponibili, ancora ineseguiti o solo parzialmente eseguiti da entrambe le parti, dai quali scaturiscono posizioni sia attive che passive.

In coerenza con i principi generali, anche la disciplina dei contratti pendenti mira alla regolazione concorsuale dei soli diritti di credito e delle altre situazioni giuridiche relative: essa, quindi, non si estende ai contratti ad efficacia reale i cui effetti costitutivi o traslativi del diritto si sono realizzati prima della dichiarazione di fallimento e conseguentemente hanno già modificato la composizione del patrimonio del debitore. La regola appena descritta, tuttavia, tollera un'estensione e soffre un'eccezione.

Il primo caso è regolato dall'art. 73, comma secondo, l. fall., che opera una sostanziale assimilazione alla fattispecie traslativa del diritto della vendita a rate con riserva della proprietà, dove è avvenuta solo la consegna della cosa.

La spiegazione della scelta di prevedere che il fallimento del venditore non sia causa di scioglimento del contratto è da rinvenire nella circostanza che il riservato dominio assolve a una mera funzione di garanzia del venditore il cui interesse è ricevere alle scadenze pattuite il prezzo e non di conservare la proprietà sul bene, e che tale interesse non contrasta con quello della procedura, chiamata a liquidare i beni del fallito e ripartire il ricavato tra i creditori concorrenti.

Invece, l'eccezione è rappresentata dalla vendita di cose mobili da piazza a piazza, destinate cioè ad essere trasportate da un luogo a un altro.

Infatti, ai sensi dell'art. 1510, comma secondo, c.c., l'obbligo di consegna del venditore è considerato adempiuto con la spedizione della merce, sicché, se quest'ultima è stata effettuata prima della dichiarazione di fallimento del compratore, il contratto non può essere qualificato come pendente, in quanto una delle parti ha già eseguito la prestazione dovuta, e di conseguenza andrebbe esclusa dall'ambito di applicazione della relativa disciplina (art. 75 l. fall.).

Fatte salve le ipotesi in cui è espressamente disposto lo scioglimento di diritto o la prosecuzione automatica del contratto, è in questa prospettiva che si coglie la ragione di una disciplina quanto mai flessibile, che esprime come regola generale (art. 72, comma primo, l. fall.) la sospensione dell'esecuzione del contratto pendente fino al momento in cui sarà esercitato il diritto potestativo di proseguire o sciogliere il rapporto, rinunciando alle prestazioni ancora dovute dal contraente *in bonis*.

Uno dei rapporti pendenti che più frequentemente incrociano la dichiarazione di fallimento, è quello derivante dal contratto preliminare avente ad oggetto la compravendita di un immobile.

Sez. 6-1, n. 20215/2019, Falabella, Rv. 654965-01, afferma che in ipotesi di fallimento del promittente venditore, l'esercizio da parte del curatore della facoltà di scelta tra lo scioglimento o il subingresso nel contratto, ai sensi dell'art. 72 l. fall. (nel testo previgente alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 5 del 2006), può anche essere tacito, ovvero espresso per fatti concludenti, non essendo necessario un negozio formale, né un atto di straordinaria amministrazione soggetto ad autorizzazione del giudice delegato, in quanto tale scelta costituisce espressione di una prerogativa discrezionale del curatore stesso.

Sez. 6-1, n. 03200/2019, Dolmetta, Rv. 653127-01, con riferimento agli effetti del fallimento su di un preesistente rapporto di *leasing*, in caso di scioglimento del contratto ad opera del curatore, afferma che il concedente, per i canoni scaduti alla data della sentenza dichiarativa, può insinuarsi al passivo, essendo il credito sorto anteriormente al concorso. Per il capitale corrispondente ai crediti non ancora scaduti a tale data, invece, il concedente ha diritto alla restituzione del bene, oltre al diritto eventuale di insinuarsi al passivo in via tardiva per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla vendita, dovendosi ritenere che l'espressione *credito residuo in linea capitale*, utilizzata dall'art. 72 *quater* l. fall., non possa che riferirsi ai crediti ancora a scadere.

In tema di locazione finanziaria, **Sez. 3, n. 03965/2019, Scarano, Rv. 652739-01**, ribadisce il tradizionale orientamento a tenore del quale la risoluzione del *leasing* traslativo per inadempimento dell'utilizzatore è disciplinata dall'art. 1526 c.c., non incidendo sull'applicazione di tale ultima disposizione l'art. 72 *quater* l. fall., introdotto dall'art. 59 del d.lgs. n. 5 del 2006, atteso che siffatta norma non disciplina la

risoluzione del contratto di *leasing*, bensì il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore.

L'opinione, nel seno della Suprema Corte, tuttavia non è più pacifica.

Sez. 1, n. 08980/2019, Guido, Rv. 653463-01, infatti, ha affermato che gli effetti della risoluzione del contratto di *leasing* finanziario per inadempimento dell'utilizzatore, verificatasi in data anteriore all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2017 (art. 1, commi 136-140), sono regolati dalla disciplina dell'art. 72 *quater* l. fall., applicabile anche al caso di risoluzione del contratto avvenuta prima della dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore. Ne consegue che, in caso di fallimento dell'utilizzatore, il concedente avrà diritto alla restituzione del bene e dovrà insinuarsi al passivo fallimentare per poter vendere o allocare il bene e trattenere, in tutto o in parte, l'importo incassato. La vendita avverrà a cura dello stesso concedente, previa stima del valore di mercato del bene disposta dal giudice delegato in sede di accertamento del passivo. Sulla base di tale valutazione sarà determinato l'eventuale credito della curatela nei confronti del concedente o quello, in moneta fallimentare, del concedente stesso, da quantificarsi in misura corrispondente alla differenza tra il valore del bene e il suo credito residuo, derivante dai canoni scaduti e non pagati ante fallimento e dei canoni a scadere, in linea capitale, oltre al prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione. Eventuali rettifiche, sulla base di quanto effettivamente realizzato dalla vendita del bene, potranno farsi valere in sede di riparto.

Con riferimento alla collocazione dei crediti nascenti dallo scioglimento del rapporto contrattuale in seguito alla dichiarazione di fallimento, **Sez. 1, n. 25470/2019, Campese, Rv. 655348-01**, ha deciso che quando il curatore del fallimento dell'affittante l'azienda abbia esercitato il suo diritto di recesso *ex art. 79 l. fall.*, il credito restitutorio vantato dall'affittuario per i canoni pagati anticipatamente, prima dell'apertura del concorso, non è prededucibile, in quanto comunque gli acconti, divenuti indebiti in seguito al fallimento dell'affittante e al recesso del curatore, sono stati corrisposti in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Con riferimento alla locazione, in caso di fallimento del conduttore di immobile, quando il curatore esercita la facoltà di recedere anticipatamente dal contratto di locazione, ai sensi dell'art. 80, comma terzo, l. fall., **Sez. 1, n. 28961/2019, Dolmetta, Rv. 655825-01**, afferma che al locatore spetta un equo indennizzo, il cui importo non è disponibile da parte dell'autonomia dei privati, dovendo essere sempre determinato discrezionalmente dal giudice del merito con valutazione che, se adeguatamente motivata, non è sindacabile dal giudice di legittimità.

In caso di fallimento del datore di lavoro, salvo che sia stato autorizzato l'esercizio provvisorio, il rapporto di lavoro entra in una fase di sospensione fino a quando il curatore non abbia effettuato la dichiarazione ai sensi dell'art. 72, comma 2, l. fall., di volersi sciogliere dal contratto, per effetto della quale il lavoratore ha

diritto di insinuarsi al passivo anche per l'indennità sostitutiva del preavviso *ex art.* 2118 c.c., non configurandosi il recesso del curatore per giusta causa ed attesa la natura indennitaria e non risarcitoria di tale importo (**Sez. 1, n. 20647/2019, Fidanzia, Rv. 654771-01**).

5. La formazione dello stato passivo.

L'attività di accertamento del passivo è necessaria per identificare quali tra i creditori, e ciascuno di essi in quale misura, hanno diritto di partecipare al riparto, sicché il soggetto chiamato ad assolvere a tale funzione si trova sempre a dover dirimere un conflitto che insorge tra i diversi creditori del fallito, oltre che tra ciascuno di essi e il debitore "rappresentato" dalla curatela.

Mentre il conflitto tra ciascun creditore e il debitore è facilmente intuibile, in quanto esso è il riflesso della contrapposizione ontologica, diremmo naturale, tra credito e debito, il conflitto tra i creditori del fallito sta nel fatto che la possibilità della soddisfazione di ciascun creditore attraverso la partecipazione al riparto è inversamente proporzionale al valore nominale complessivo dei crediti ammessi, essendo appunto tanto maggiore quanto minore risulterà il valore della massa passiva.

L'oggetto dell'accertamento del giudice delegato, dunque, è il diritto di partecipare al riparto, e le regole e le forme di tale accertamento hanno natura giurisdizionale.

Il processo delineato per l'accertamento del passivo è un modello di cognizione sommaria camerale, creato *ad hoc*: un modello di cognizione arricchito rispetto a quello del rito camerale tratteggiato nel codice di rito.

E allora, secondo **Sez. 1, n. 00278/2019, Falabella, Rv. 652070-01**, nel giudizio di insinuazione al passivo, l'omessa o assolutamente incerta esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda, rende il ricorso inammissibile ai sensi dell'art. 93, comma quarto, l.fall., fermo restando che quando sia possibile individuare una o più domande sufficientemente identificate nei loro elementi essenziali, l'eventuale carenza della *causa petendi* delle altre comporta l'inammissibilità solo di queste ultime e non dell'intero ricorso.

Sez. 6-1, n. 33008/2019, Falabella, Rv. 656154 - 01, ricorda a sua volta che l'indicazione del titolo della prelazione e della descrizione del bene sul quale essa si esercita, se questa ha carattere speciale, sancita dall'art. 93, comma terzo, n. 4, l. fall. (nel testo novellato a seguito del d.lgs. n. 5 del 2006, e del correttivo d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), quale requisito eventuale dell'istanza di ammissione in privilegio, deve essere verificata dal giudice, tenuto conto del principio generale secondo cui l'oggetto della domanda si identifica sulla base delle complessive indicazioni contenute in quest'ultima e dei documenti alla stessa allegati.

Sez. 1, n. 22080/2019, Dolmetta, Rv. 655167-01, afferma poi che l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda può essere sintetica purché ne sia assicurata chiarezza ed intelligibilità, assumendo rilevanza anche le complessive indicazioni contenute nell'atto processuale e nei documenti ad esso allegati.

Sez. 1, n. 29258/2019, Vella, Rv. 656266 – 01, precisa infine che nelle procedure fallimentari nelle quali, alla data del 19 dicembre 2012 (data di entrata in vigore della l. 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, poi modificata dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228, in vigore dal 1 gennaio 2013) non sia stato ancora effettuato l'avviso *ex art. 92 l. fall.*, il creditore è tenuto, ai sensi dell'art. 93, comma secondo, l. fall., a trasmettere il ricorso contenente la domanda tempestiva di ammissione al passivo, con la documentazione ad esso allegata, all'indirizzo di posta elettronica certificata del curatore indicato nel predetto avviso, ai sensi dell'art. 92, comma primo, n. 4), l. fall.

Il mancato rispetto della forma telematica di trasmissione del ricorso determina la improcedibilità del ricorso, fatti salvi gli effetti della sanatoria dell'atto per raggiungimento dello scopo, ai sensi dell'art. 156, comma terzo, c.p.c., qualora la domanda sia comunque pervenuta al curatore, sia stata da questo inserita nel progetto di stato passivo, completa della documentazione allegata, e sia stata esaminata, nel contraddittorio di rito con tutti i creditori e terzi interessati, all'udienza di discussione dello stato passivo.

L'insinuazione al passivo presuppone che il debitore fallito sia personalmente obbligato nei confronti del creditore.

Ne consegue per **Sez. 1, n. 18790/2019, Campese, Rv. 654664-01**, che 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 terzo, l. fall.*

Ancora, **Sez. 1, n. 31053/2019, Falabella, Rv. 656124 – 01**, con riferimento alle cause legittime di prelazione, ha ritenuto che l'intervenuta ammissione al passivo del fallimento di una società di persone, in via chirografaria, di un credito, rende inammissibile la successiva domanda di insinuazione dello stesso credito, in via ipotecaria, al passivo del fallimento del socio illimitatamente responsabile, atteso che il credito insinuato in chirografo al passivo sociale ha già prodotto i suoi effetti, *ex art. 148, comma terzo, l. fall.*, anche in relazione alla massa imputabile al singolo socio.

Le modalità di insinuazione al passivo dei crediti tributari non si discostano da quelle di insinuazione dei crediti “ordinari”: basta che, con l’istanza di ammissione, il creditore si affermi titolare di un diritto di credito, descrivendone la *causa petendi* e spiegando le sue conclusioni. La previa notifica al debitore *in bonis* della cartella di pagamento può avere solo l’effetto di consolidare la pretesa erariale prima della dichiarazione di fallimento.

Di conseguenza, **Sez. 1, n. 16112/2019, Fidanzia, Rv. 654628-01**, ribadisce che il concessionario del servizio di riscossione dei tributi può domandare l’ammissione al passivo dei crediti tributari maturati nei confronti del fallito sulla base del ruolo, senza che occorra anche la previa notificazione della cartella esattoriale, ed anzi sulla base del solo estratto, in ragione del processo di informatizzazione dell’amministrazione finanziaria che, comportando la smaterializzazione del ruolo, rende indisponibile un documento cartaceo, imponendone la sostituzione con una stampa dei dati riguardanti la partita da riscuotere; pertanto, stante il disposto dell’art. 23 del d.lgs. n. 82 del 2005 (modificato dall’art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 235 del 2010), gli estratti del ruolo, consistenti in copie operate su supporto analogico di un documento informatico, formate nell’osservanza delle regole tecniche che presiedono alla trasmissione dei dati dall’ente creditore al concessionario, hanno piena efficacia probatoria ove il curatore non contesti la loro conformità all’originale.

A sua volta, **Sez. 6-1, n. 02732/2019, Bisogni, Rv. 652676-01**, afferma che l’ammissione allo stato passivo di crediti sia previdenziali che tributari può essere richiesta dalle società concessionarie per la riscossione, sulla base del semplice estratto di ruolo, senza che occorra, in difetto di espressa norma di legge, la previa notifica della cartella esattoriale, salva la necessità, per i crediti tributari, di provvedere, in caso di contestazioni del curatore, all’ammissione con riserva, e, per i crediti previdenziali, in quanto assoggettati alla giurisdizione del giudice ordinario, di integrare la prova, da parte del concessionario, con altri documenti giustificativi in possesso dell’ente previdenziale.

Il creditore che non abbia provveduto nei trenta giorni antecedenti all’udienza di verifica all’invio della domanda di ammissione al passivo può egualmente avanzare l’istanza di ammissione tardiva (art. 101 l. fall.), ma in nessun caso oltre l’anno successivo al deposito del decreto di esecutività dello stato passivo (termine prorogabile fino a diciotto mesi dal tribunale nella sentenza dichiarativa di fallimento, nei casi in cui la procedura presenti particolare complessità) ovvero, se il creditore dimostri che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile, persino oltre tale termine, ma tuttavia solo fino a quando non siano esaurite le attività di riparto.

Orbene, nel corso del 2019 in seno alla Prima Sezione Civile della S.C., si sono manifestati almeno tre diversi orientamenti sul tema della sorte dei crediti sorti nel corso della procedura.

Secondo **Sez. 1, n. 01391/2019, Di Marzio, Rv. 652403-01**, l'insinuazione al passivo dei crediti sorti nel corso della procedura (in quel caso di amministrazione straordinaria), non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 101, commi primo e secondo, l. fall..

Invece, **Sez. 1, n. 17594/2019, Vella, Rv. 654427-01**, afferma che i crediti prededucibili, sorti prima o dopo la dichiarazione di fallimento, devono essere accertati nelle forme della verifica dello stato passivo e sono soggetti ai termini di decadenza previsti per le domande tardive dall'art. 101, commi primo e quarto, l. fall., ben potendo l'epoca di maturazione del credito assumere rilievo ai fini della non imputabilità del ritardo. Fanno eccezione i crediti che non risultino contestati per collocazione ed ammontare ovvero siano sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione dei compensi di cui all'art. 25 l.fall., che, per essere soddisfatti, non hanno bisogno di una formale domanda di ammissione al passivo.

Infine, secondo **Sez. 1, n. 18544/2019, Dolmetta, Rv. 656037-01**, e **Sez. 6-1, n. 28799/2019, Dolmetta, Rv. 656090-01**, ferma l'inapplicabilità dell'art. 101 l. fall., le domande di ammissione al passivo dei crediti sopravvenuti alla dichiarazione di fallimento, devono essere presentate nel termine di un anno a decorrere dal momento in cui si verificano le condizioni per partecipare al concorso fallimentare, non potendo riconoscersi al creditore sopravvenuto un termine più breve di quello a disposizione dei creditori preesistenti, alla luce del principio di eguaglianza e del diritto di agire in giudizio, di cui agli artt. 3 e 24 Cost.

Infine, merita di essere senz'altro segnalata **Sez. 1, n. 10540/2019, Sambito, Rv. 653472-03**, a tenore della quale il procedimento di accertamento dello stato passivo non costituisce l'unica modalità consentita per accertare eventuali ragioni di credito ammesse ad una procedura concorsuale. Ne consegue che non è contraria all'ordine pubblico la sentenza straniera che accerti tale credito al di fuori della cognizione del giudice fallimentare, e ciò sia avuto riguardo alla disciplina nazionale, che conosce più di un caso in cui la decisione sull'esistenza e l'entità del credito sia devoluta alla giurisdizione di altri giudici (ad esempio il giudice tributario, quello amministrativo e la Corte dei Conti), sia in relazione alla disciplina europea di cui al Regolamento UE n. 848/2015 che, non contenendo alcuna disposizione vincolante per gli Stati membri in tema di verifica dei crediti, e rinviando alla disciplina dello Stato di provenienza, non esprime principi irrinunciabili che impongano a tutela della "*par condicio creditorum*" necessariamente l'accertamento dei crediti in sede concorsuale.

5.1. Prove documentali e data certa.

La partecipazione al concorso è riservata ai soggetti il cui credito abbia genesi in fatti antecedenti rispetto alla dichiarazione di fallimento del debitore.

La necessaria anteriorità del credito rispetto alla dichiarazione di fallimento fa sì che i documenti prodotti a sostegno di domande di insinuazione, contenenti clausole relative alla regolazione di un rapporto giuridico che il creditore faccia valere a fondamento della sua istanza di ammissione, debbano essere munite della data certa *ex art. 2704 c.c.*, a pena di inopponibilità alla massa.

Ne consegue che se il documento è necessario per la prova del credito fatto valere dal soggetto che chiede l'ammissione, la data certa anteriore al fallimento è imprescindibile affinché il creditore sia ammesso al passivo; se, invece, l'esistenza del rapporto anteriore al fallimento sia stata provata, ma le condizioni di quel rapporto siano formalizzate in un documento non avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, il credito può essere ammesso, ma non nella misura fondata su quelle condizioni contrattuali, attesa la loro inopponibilità.

Sulla base dei ricordati principi, **Sez. 2, n. 21253/2019, Dongiacomo, Rv. 655205-01**, ha affermato che la simulazione di un contratto di compravendita è opponibile al fallimento della parte acquirente, ma l'accordo simulatorio deve essere provato per mezzo di scrittura recante la controdedichiarazione dotata di data certa, *ex art. 2704 c.c.*, che ne dimostri tanto la formazione in data antecedente al fallimento, quanto il perfezionamento in epoca anteriore o coeva alla stipulazione dell'atto simulato, essendo irrilevante che il prezzo dichiarato nel contratto sia stato, o meno, in tutto o in parte pagato.

Inoltre, **Sez. 1, n. 27203/2019, Pazzi, Rv. 655771-01**, ha ribadito che, in sede di accertamento dello stato passivo del fallimento, la mancanza di data certa del contratto prodotto quale prova del credito comporta l'inopponibilità al fallimento delle clausole riportate sulla relativa documentazione, ma ciò non esclude che possa risultare provata la corresponsione di una o più somme da parte del creditore e, quindi, sia la sussistenza di un suo corrispondente credito di restituzione in linea capitale, sia la stessa natura contrattuale del credito. Ne discende che detta inopponibilità esclude soltanto che le clausole riportate nella documentazione priva di data certa possano essere considerate ai fini della effettiva regolamentazione del rapporto, mentre l'esistenza del contratto potrà essere oggetto di prova, prescindendo dal documento, con tutti gli altri mezzi consentiti dall'ordinamento.

Sez. 1, n. 01389/2019, Di Marzio, Rv. 652402-01, ricorda che l'*art. 2704 c.c.* fa discendere la certezza della data della scrittura privata non autenticata rispetto ai terzi, oltre che dalla registrazione ovvero dagli eventi specificamente considerati dalla norma, anche dal verificarsi di un altro fatto che stabilisca in modo egualmente certo l'anteriorità della formazione del documento. Ne consegue che la certezza della data di una fattura, nei riguardi del curatore fallimentare, non può essere desunta dai documenti di trasporto ad essa relativi, ove, a propria volta, non abbiano data certa e non siano quindi opponibili al fallimento.

Sez. 1, n. 04251/2019, Campese, Rv. 652652-01, assume che la cd. “marcatura temporale” è il processo con cui un certificatore accreditato crea ed appone su un documento informatico, digitale o elettronico, una “firma digitale del documento” alla quale sono associate le informazioni relative alla data e all’ora di creazione che, ove siano state seguite le regole tecniche sulla validazione temporale di cui al d.p.c.m. del 22 febbraio 2013, sono opponibili ai terzi.

5.2. Prelazione e fallimento.

Le pretese alla soddisfazione sul ricavato della liquidazione del patrimonio fallimentare si presentano come gerarchicamente ordinate, secondo un’articolazione che riflette quell’ordinamento gerarchico che qualifica la pretesa vantata sul piano sostanziale dal creditore nei confronti del debitore fallito.

La prima norma che viene in rilievo è quella di cui all’art. 54 l. fall., secondo la quale il credito prelatizio concorre con prelazione per l’intero suo valore nominale, oltre che per gli interessi maturati e per le spese, con i limiti di cui all’art. 54, ultimo comma, l. fall. per quanto riguarda la collocazione prelatizia degli interessi.

La prelazione opera sia con riferimento ai crediti concorsuali (art. 54 l. fall.) che con riferimento ai crediti prededucibili (art. 111 *bis*, comma 2, l. fall.).

Sez. 1, n. 22725/2019, Caiazza, Rv. 655331-02, ricorda che le spese sostenute dal creditore istante nel giudizio di opposizione alla sentenza di fallimento, in quanto sorte successivamente all’apertura del concorso dei creditori e, pertanto, inidonee ad integrare un credito concorsuale, non possono godere del privilegio di cui agli artt. 2755 e 2770 c.c., perché tali cause di prelazione concernono le spese relative all’apertura dell’esecuzione singolare o collettiva.

Secondo **Sez. 1, n. 28962/2019, Dolmetta, Rv. 655826-02**, il creditore ha diritto di insinuarsi anche per le spese vive sostenute per la presentazione della relativa domanda che risultino in concreto indispensabili, restando invece escluse quelle relative ai compensi spettanti al difensore, giacché l’insinuazione può sempre essere richiesta dalla parte personalmente.

Sez. 1, n. 24587/2019, Mercolino, Rv. 655619 – 01, afferma che il privilegio generale sui mobili per i crediti erariali deve essere riconosciuto anche per il periodo antecedente alla novella dell’art. 2752, comma 1, c.c., introdotta dall’art. 23, comma 37, del d.l. n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, nella legge n. 111 del 2011, purché sia ancora in corso il procedimento di accertamento del passivo e il creditore istante abbia formulato tempestivamente, dopo l’entrata in vigore della novella (6 luglio 2011), la relativa domanda di riconoscimento del rango privilegiato.

Sez. 6-1, n. 24836/2019, Terrusi, Rv. 655816 - 01, ribadisce che deve riconoscersi alla regione il privilegio generale mobiliare in relazione al credito

tributario vantato per la tassa automobilistica, perché detto privilegio per i crediti tributari degli enti locali è volto ad assicurare agli enti medesimi la provvista dei mezzi economici necessari per l'adempimento dei loro compiti istituzionali, previsti dalla Costituzione, sicché l'espressione "legge per la finanza locale", contenuta nell'art. 2752, comma 4, c.c., non deve essere riferita ad una legge specifica istitutiva della singola imposta, bensì a tutte le disposizioni che disciplinano i tributi degli enti locali, e tale interpretazione estensiva, da applicarsi anche ai tributi regionali, è stata confermata dall'art. 13, comma 13, del d.l. n. 201 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214 del 2011, che ha fornito una interpretazione autentica del menzionato comma in riferimento ai tributi comunali e provinciali.

È da segnalare **Sez. 1, n. 15724/2019, Pazzi, Rv. 654456-01**, a tenore della quale nelle procedure concorsuali, compresa quella di concordato, la prededuzione attribuisce non una causa di prelazione ma una precedenza processuale, in ragione della strumentalità dell'attività, da cui il credito consegue, agli scopi della procedura, onde renderla più efficiente, atteso che, mentre il privilegio, quale eccezione alla "*par condicio creditorum*", riconosce una preferenza ad alcuni creditori e su certi beni, nasce fuori e prima del processo esecutivo, ha natura sostanziale e si trova in rapporto di accessorieta' con il credito garantito poiché ne suppone l'esistenza e lo segue, la prededuzione (che, per la differenza del piano su cui opera rispetto al privilegio, può aggiungersi alle cause legittime di prelazione nei rapporti interni alla categoria dei debiti di massa, quando vi sia insufficienza di attivo e sia necessario procedere ad una gradazione pure nella soddisfazione dei creditori prededucibili) attribuisce una precedenza rispetto a tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore e ha natura procedurale, perché nasce e si realizza in tale ambito e assiste il credito di massa finché esiste la procedura concorsuale in cui lo stesso ha avuto origine, venendo meno con la sua cessazione.

Secondo **Sez. 1, n. 5341/2019, Dolmetta, Rv. 652812-01**, l'ammissione al passivo fallimentare di un credito assistito da ipoteca è possibile anche se il bene su cui grava la garanzia non faccia parte dell'attivo, purché, ai sensi dell'art. 93 l. fall. (nel testo introdotto dall'art. 78 del d.lgs. n. 5 del 2006), la domanda di insinuazione descriva il bene su cui si intende far valere la prelazione e precisi le oggettive ragioni della potenziale acquisibilità, fermo restando che l'effettivo dispiegarsi della prelazione in sede di riparto rimane subordinato al recupero del bene al compendio fallimentare.

5.3. Prededuzione e fallimento.

L'attivo fallimentare è destinato a soddisfare le pretese di tutti i creditori del fallito.

Tuttavia, i valori che il curatore realizza tramite la liquidazione del patrimonio fallimentare non sono in realtà riservati in via esclusiva alla soddisfazione di tali crediti, su di essi potendo trovare soddisfacimento anche altre pretese, nascenti da rapporti obbligatori che non fanno capo al fallito.

Si tratta, innanzitutto, dei crediti originati da atti compiuti dal curatore successivamente alla dichiarazione di fallimento, nell'ambito della gestione del patrimonio fallimentare e strumentali a realizzare la finalità della procedura: si pensi ai crediti per compensi ed onorari maturati dagli avvocati incaricati dal curatore di tutelare i diritti del fallito ovvero per far valere pretese che questi vantava nei confronti di terzi; ai crediti derivanti da contratti pendenti dei quali la legge disponga la continuazione automatica o nei quali il curatore abbia deciso di subentrare; ai crediti nascenti da atti compiuti dal curatore, là dove, per non disperdere i valori di avviamento del complesso aziendale, questi opti per l'esercizio provvisorio dell'impresa.

La circostanza che anche tali crediti (cd. "di massa") possano soddisfarsi sui valori ricavati dalla liquidazione del patrimonio fallimentare è inevitabile, in quanto il fallimento non dispone di un suo patrimonio per le spese di amministrazione e di conservazione, fatte anche nell'interesse dei creditori concorsuali.

Orbene, per **Sez. 1, n. 22725/2019, Caiazzo, Rv. 655331-01**, non possono essere ammesse in prededuzione le spese sostenute dal creditore istante nel giudizio di opposizione alla dichiarazione di fallimento, ancorché egli sia litisconsorte necessario, non potendosi desumere da tale qualità la inerenza delle spese sostenute all'amministrazione del fallimento o alla sua conservazione.

Invece, secondo **Sez. 1, n. 14713/2019, Terrusi, Rv. 654268-01**, i crediti di terzi, scaturenti da atti legalmente compiuti dall'imprenditore dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva, sono in astratto prededucibili nel successivo fallimento, per espressa disposizione di legge, anche quando vi sia stata rinuncia al concordato, poiché il requisito della consecuzione tra le procedure dipende soltanto dalla mancanza di discontinuità dell'insolvenza.

Peraltro, **Sez. 1, n. 15724/2019, Pazzi, Rv. 654456-02**, sottolinea come la consecuzione tra procedure concorsuali è un fenomeno generalissimo, consistente nel collegamento tra procedure di qualsiasi tipo, volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa, che trova nell'art. 69 *bis* l. fall. una sua particolare disciplina nel caso in cui esso si atteggi a consecuzione fra una o più procedure minori e un fallimento finale; tale fenomeno funge da elemento di congiunzione fra procedure distinte e consente di traslare dall'una all'altra procedura la precedenza procedimentale in cui consiste la prededuzione, facendo sì che essa valga non solo nell'ambito procedurale in cui è maturata, ma anche nell'altro che al primo sia conseguito.

Sulla stessa scia, **Sez. 1, n. 25471/2019, Campese, Rv. 655349-01**, ha ritenuto il carattere prededucibile del credito maturato dal professionista che, pendente il termine assegnato dal tribunale *ex art. 161*, comma 6, l. fall. in ipotesi di domanda di concordato “in bianco” o “con riserva”, sia stato incaricato di redigere l’attestazione, qualora, una volta dichiarata inammissibile la domanda concordataria, sia stato pronunciato il fallimento del debitore.

Inoltre, **Sez. 6-1, n. 32417/2019, Mercolino, Rv. 656153 - 01**, ha ribadito che il credito fatto valere da un professionista a titolo di compenso per l’assistenza prestata in favore del debitore ai fini della redazione e della presentazione di una domanda di concordato preventivo rientra *de plano* tra quelli sorti “in funzione” della procedura, e nel successivo fallimento deve essere pertanto soddisfatto in prededuzione, ai sensi dell’art. 111, comma 2, l. fall., senza che ai fini di tale collocazione debba accertarsi, con valutazione *ex post*, se la prestazione resa sia risultata concretamente utile per la massa in ragione dei risultati raggiunti.

Anche il credito del professionista che abbia assistito il debitore nella preparazione della documentazione per la proposizione dell’istanza di fallimento in proprio è prededucibile, in quanto, sebbene sia derivante da un’attività che può essere svolta personalmente dal debitore ma che lo stesso ha scelto, per ragioni di opportunità o di convenienza, di affidare ad un esperto di settore, sorge in funzione della procedura fallimentare, ai sensi dell’art. 111, comma 2, l. fall. Tale disposizione, infatti, reca una norma generale, applicabile a tutte le procedure concorsuali, come ormai definitivamente chiarito anche dall’abrogazione dell’art. 182 *quater*, comma 4, l. fall., ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 (**Sez. 1, n. 17596/2019, Vella, Rv. 654461-01**).

Uno dei casi più frequenti, nei quali sorgono crediti in prededuzione, si verifica nel caso in cui le prestazioni lavorative, all’interno dell’azienda facente capo all’imprenditore, proseguano anche dopo la dichiarazione di fallimento di quest’ultimo.

In proposito **Sez. 1, n. 18779/2019, Nazzicone, Rv. 654663-01**, ricorda che la dichiarazione di fallimento dell’imprenditore non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro, in quanto l’azienda, nella sua universalità, sopravvive e l’impresa non cessa, passando soltanto da una gestione per fini di produzione, suscettibile peraltro di essere continuata o ripresa, ad una gestione per fini di liquidazione, sicché, nel caso in cui la prestazione lavorativa sia proseguita dopo la dichiarazione di fallimento e, di fatto, anche oltre il periodo di esercizio provvisorio dell’impresa autorizzato dal tribunale, i crediti maturati dal lavoratore devono essere ammessi al passivo in prededuzione.

6. Le opposizioni allo stato passivo.

Sez. 1, n. 27203/2019, Genovese, Rv. 655771-01, ha ripreso il tema della data certa in funzione probatoria del credito, puntualizzando che la mancanza di certezza cronologica del contratto prodotto ne implica l'inopponibilità al fallimento con riferimento alle clausole riportate sulla relativa documentazione. Ciò non esclude che possa risultare provata la corresponsione di una o più somme da parte del creditore e, quindi, sia la sussistenza di un suo corrispondente credito di restituzione in linea capitale, sia la stessa natura contrattuale del credito. Pertanto, detta inopponibilità esclude soltanto che le clausole riportate nella documentazione priva di data certa possano essere considerate ai fini della effettiva regolamentazione del rapporto, mentre l'esistenza del contratto potrà essere oggetto di prova, prescindendo dal documento, con tutti gli altri mezzi consentiti dall'ordinamento.

Sempre in tema di prova del credito, **Sez. 6-1, n. 01529/2019, Di Marzio, Rv. 654303-01** segnala la sussistenza, in capo alla banca che intenda insinuarsi al passivo di un fallimento prospettando una ragione di credito derivante da un rapporto obbligatorio regolato in conto corrente, dell'onere, nel giudizio di opposizione allo stato passivo, di dare piena dimostrazione del proprio credito, secondo il disposto della norma generale dell'art. 2697 c.c., depositando la documentazione relativa allo svolgimento del conto, senza poter pretendere di opporre al curatore, stante la sua posizione di terzo, gli effetti che, *ex art.* 1832 c.c., derivano, tra le parti del contratto, dall'approvazione anche tacita del conto da parte del correntista, poi fallito, e dalla di lui decadenza dalle impugnazioni. Dunque, è ancora il profilo della terzietà del curatore rispetto ai rapporti negoziali intrapresi dal soggetto fallito e semplicemente presi in carico dall'organo concorsuale ad emergere in misura pregnante.

Sez. L, n. 09020/2019, Pagetta, Rv. 653450-01, sul versante probatorio mette in luce l'estensione specifica dei poteri istruttori d'ufficio del giudice dell'opposizione allo stato passivo: l'emanazione dell'ordine di esibizione (nella specie, di documenti) ha caratura discrezionale e la valutazione di indispensabilità non esige motivazione; ne consegue che il provvedimento di rigetto dell'istanza *ad exhibendum* è insindacabile in sede di legittimità, anche sotto il profilo del difetto di motivazione, trattandosi di uno strumento istruttorio residuale, utilizzabile soltanto quando la prova dei fatti non possa in alcun modo essere acquisita con altri mezzi e l'iniziativa della parte istante non abbia finalità esplorativa.

Ancora in un quadro *lato sensu* probatorio delle ragioni di credito si iscrive **Sez. 1, n. 05657/2019, Vella, Rv. 652819-01**, secondo cui nell'opposizione allo stato passivo, il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo *ex art.* 642 c.p.c. che sia stato opposto con giudizio cancellato dal ruolo per inattività delle parti e non riassunto, non è opponibile alla massa fallimentare, laddove il giudizio di opposizione

sia iniziato prima dell'entrata in vigore, il 25 giugno 2008, *ex art.* 50 del d.l. n. 118 del 2008, convertito dalla l. n. 133 del 2008, del nuovo testo dell'art. 181, primo comma, c.p.c. alla luce del quale l'estinzione del giudizio in caso di inattività delle parti può essere pronunciata d'ufficio. Ne consegue che, in difetto di una esplicita pronuncia di estinzione divenuta inoppugnabile, richiesta secondo la formulazione della norma applicabile *ratione temporis*, il decreto ingiuntivo non munito, prima della dichiarazione di fallimento, del decreto di esecutorietà *ex art.* 647 c.p.c. non può considerarsi passato in cosa giudicata formale e sostanziale e pertanto non è opponibile al fallimento.

Ed è nel medesimo ambito che si innesta **Sez. 1, n. 16109/2019, Guido, Rv. 654627-01**, che ascrive anche al portatore di un titolo di credito che eserciti l'azione causale l'onere di produrre il titolo in originale ai sensi dell'art. 66 del r.d. n. 1669 del 1933 e dell'art. 58 del r.d. n. 1736 del 1933, e, in mancanza, il credito verso il traente fallito deve essere ammesso con riserva, essendo la produzione del titolo intesa ad evitare la possibilità di insinuazione da parte di altri creditori in via cambiaria, ovvero ad assicurare al debitore l'esercizio di eventuali azioni cambiarie di regresso.

Si è poi affermato che la ricognizione di debito avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento del suo autore non determina la presunzione dell'esistenza del rapporto fondamentale, trattandosi di documento liberamente apprezzabile dal giudice al pari di quanto avviene per la confessione stragiudiziale resa ad un terzo, qual è il curatore fallimentare (**Sez. 1, n. 10215/2019, Dolmetta, Rv. 653694-01**).

Ancora, le buste paga rilasciate al lavoratore dal datore di lavoro ove munite, alternativamente, della firma, della sigla o del timbro di quest'ultimo, possono essere utilizzate come prova del credito oggetto di insinuazione, considerato che ai sensi dell'art. 3 della legge n. 4 del 1953 la loro consegna al lavoratore è obbligatoria, ferma restando la facoltà del curatore di contestarne le risultanze con altri mezzi di prova, ovvero con specifiche deduzioni e argomentazioni volte a dimostrarne l'inesattezza, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice (**Sez. 1, n. 18169/2019, Fidanzia, Rv. 654544-01**).

Peraltro, in caso di insolvenza del datore di lavoro, ai fini della nascita dell'obbligazione del Fondo di Garanzia gestito dall'INPS, di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 80 del 1992, non è sufficiente che il credito relativo alle ultime tre mensilità sia stato ammesso al passivo della procedura concorsuale, ma occorre accertare autonomamente la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi dai quali discende l'obbligo di tutela assicurativa, né, a seguito di tale ammissione, dalla natura autonoma e dal carattere previdenziale della prestazione deriva l'impossibilità per l'INPS di contestare la ricorrenza degli elementi interni alla fattispecie previdenziale (**Sez. 6-L, n. 31128/2019, Spena, Rv. 655902 – 01**).

Dell'articolazione e del dosaggio del contraddittorio nei giudizi di opposizione allo stato passivo si sono occupate **Sez. 1, n. 22386/2019, Dolmetta, Rv. 655291-01** e **Sez. 1, n. 29254/2019, Vella, Rv. 655635 - 01**, rilevando che nei medesimi il curatore può introdurre eccezioni nuove non formulate già in sede di verifica. In tal caso peraltro, e solo in relazione ai contenuti e termini dell'eccezione nuova, il rispetto del principio del contraddittorio esige che sia concesso termine all'opponente per dispiegare le proprie difese e produrre la documentazione probatoria idonea a supportarle. In applicazione di tale principio la S.C. ha confermato il decreto del tribunale di inammissibilità della produzione documentale sull'esistenza, entità e rango del credito insinuato, richiesta dall'opponente, in quanto estranea al tema dei controcrediti introdotto con l'eccezione del curatore.

Sempre in materia di eccezioni proponibili, **Sez. 1, n. 10528/2019, Amatore, Rv. 653471-01**, sottolinea che il tribunale fallimentare è investito della competenza a decidere su tutti i fatti modificativi od estintivi dei crediti azionati dai creditori concorsuali, sicché il curatore può proporre in detta sede una eccezione riconvenzionale di compensazione al solo fine di ottenere il rigetto della domanda di partecipazione al concorso.

Una opportuna precisazione di forte impatto pratico è stata veicolata da **Sez. 1, n. 19151/2019, Lamorgese, Rv. 654666-02**, secondo cui il ricorso in opposizione allo stato passivo, ai sensi dell'art. 16-*bis*, comma 3, del d.l. n. 179 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 221 del 2012, può essere depositato in forma cartacea, essendo le modalità telematiche previste in via esclusiva soltanto per gli atti del curatore, del commissario giudiziale, del liquidatore, del commissario liquidatore e del commissario straordinario, fermo restando che l'eventuale vizio dell'atto introduttivo del giudizio è sanabile per raggiungimento dello scopo della costituzione del rapporto processuale, eventualmente mediante concessione di un termine all'altra parte per svolgere le proprie difese.

La medesima pronuncia spiega pure (**Rv. 654666-01**) che il decreto del giudice delegato che, senza fissare l'udienza di verifica, dichiara senz'altro inammissibile la domanda di insinuazione tardiva di un credito, perché formulata oltre il termine di cui all'art. 101 l. fall., è impugnabile con l'opposizione di cui all'art. 99 l. fall. e non con il reclamo *ex* art. 26 l. fall., trattandosi di provvedimento che concorre alla formazione definitiva dello stato passivo ed incide sul diritto alla partecipazione al concorso del creditore.

Su altro piano **Sez. 1, n. 14321/2019, Dolmetta, Rv. 654265-01**, ha significativamente escluso la legittimazione a proporre in proprio l'opposizione allo stato passivo contro l'esclusione di un credito di cui è titolare l'associazione professionale, la quale costituisce centro di imputazione di situazioni giuridiche autonomo e distinto da quello del singolo associato.

Delle conseguenze impugnatorie del rigetto implicito della domanda d'ammissione al passivo si è occupata **Sez. 1, n. 07500/2019, Pazzi, Rv. 653111-01**, avendo chiarito che il silenzio serbato dal giudice delegato sulla istanza di insinuazione del credito, assume valore implicitamente reiettivo, di talchè il creditore, per evitare il formarsi di una preclusione, deve proporre opposizione allo stato passivo ai sensi dell'art. 98 l. fall., restando conseguentemente inammissibile la successiva domanda di insinuazione tardiva fondata sul medesimo credito.

Infine, **Sez. L, n. 30999/2019, Cavallaro, Rv. 655888 - 01**, ricorda che nel giudizio di opposizione allo stato passivo promosso dal concessionario per crediti contributivi iscritti a ruolo, è ammissibile l'intervento dell'INPS, essendo irrilevante la pendenza di una eventuale autonoma opposizione da quest'ultimo proposta.

7. La liquidazione dell'attivo e il riparto.

Sez. 1, n. 30200/2019, Ferro, Rv. 655776-01, ha rilevato che nella fase di liquidazione dell'attivo fallimentare, al curatore è riconosciuta la possibilità di incamerare la cauzione prestata da colui che, scelto all'esito di una procedura competitiva finalizzata alla cessione dell'azienda, non addivenga, poi, alla stipula del relativo contratto, così venendo meno al rispetto dell'originaria proposta, a condizione che non venga fornita la prova della non imputabilità dell'inadempimento a fatto e colpa dell'aggiudicatario.

L'interferenza fra l'attività abusivamente posta in essere dal fallito e l'esclusività delle prerogative liquidatorie del curatore è "regolata" da **Sez. 1, n. 24602/2019, Guido, Rv. 655762-01**, che rileva l'inefficacia ai sensi dell'art. 44 l. fall. della compravendita stipulata dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento, qualificandola alla stregua di conseguenza automatica dell'indisponibilità del patrimonio del medesimo, con effetti *erga omnes*, non essendo impedita l'opponibilità dell'atto ai terzi di buona fede, dalla mancata o ritardata trascrizione della sentenza di fallimento.

L'autonomia del plesso di regole sulla liquidazione endofallimentare rispetto alle norme codicistiche sulle esecuzioni forzate è tenuto in conto da **Sez. 1, n. 22383/2019, Guido, Rv. 655028-02**, ad avviso della quale l'art. 107 l.fall., nel testo applicabile *ratione temporis*, prima dell'efficacia delle modifiche introdotte dall'art. 11 del d.l. n. 83 del 2015, convertito con modificazioni dalla l. n. 132 del 2015, attribuisce al curatore ampia discrezionalità circa le modalità di liquidazione dei beni fallimentari tramite procedure competitive, sicchè non è necessario il rispetto del termine di quarantacinque giorni previsto dall'art. 490, comma 2, c.p.c., purchè la vendita avvenga con pubblicità idonea ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati.

Ancora sull'impianto dei rapporti fra procedure fallimentari e procedure esecutive individuali interviene **Sez. 1, n. 12061/2019, Terrusi, Rv. 653882-01**, secondo la quale nell'ipotesi in cui, prima della dichiarazione di fallimento, sia stato trascritto da un creditore il sequestro conservativo su un bene immobile, successivamente ceduto dal debitore ad un terzo, con acquisto trascritto anteriormente alla conversione della misura cautelare in pignoramento, a seguito dell'inizio dell'espropriazione forzata sul predetto bene ed a norma dell'art. 107 della l. fall., il curatore si sostituisce al creditore istante, che perde ogni potere di impulso ai sensi dell'art. 51 della legge fall., e tale sostituzione opera di diritto, senza che sia necessario un intervento del curatore o un provvedimento di sostituzione del giudice dell'esecuzione; se il curatore interviene nell'esecuzione, si realizza un fenomeno di subentro nel processo, come manifestazione del più generale potere di disposizione dei beni del fallito *ex art. 31 della legge fall.*, ma non una vera e propria sostituzione processuale *ex art. 81 cod. proc. civ.*, potendo perciò il curatore giovare degli effetti sostanziali e processuali del solo pignoramento, *ex art. 2913 cod. civ.*, ma non sostituirsi nelle posizioni giuridiche processuali strettamente personali del creditore istante, dalle quali non deriva i propri poteri, che, invece, hanno fonte nella legge fallimentare. Ne consegue che mentre al curatore, come partecipante alla medesima esecuzione che con lui prosegue, sono inopponibili gli atti pregiudizievoli trascritti successivamente al pignoramento, egli non può giovare della inopponibilità degli atti che hanno per oggetto la cosa sequestrata in quanto tale, trattandosi di effetti di cui si avvantaggia, *ex art. 2906 cod. civ.*, solo il creditore sequestrante. Proprio in applicazione di tale principio, la Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto opponibile al curatore fallimentare, intervenuto nell'esecuzione in precedenza promossa, il trasferimento immobiliare trascritto dal terzo dopo il sequestro ma prima della sua conversione in pignoramento.

Il medesimo campo di incroci e sovrapposizioni tra fallimenti ed esecuzioni forzate è solcato da **Sez. 1, n. 05655/2019, Pazzi, Rv. 652814-01**, secondo cui qualora, prima della dichiarazione di fallimento, sia stata iniziata da un creditore l'espropriazione di un immobile del fallito, ai sensi dell'art. 107 l. fall., nel testo vigente prima della novella introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006, il curatore fallimentare subentra *ex lege* nella procedura esecutiva individuale, che si trasforma così in esecuzione collettiva i cui effetti sostanziali e processuali decorrono dal pignoramento, sicché rimane ferma l'inopponibilità degli atti traslativi trascritti posteriormente al pignoramento ma prima della sentenza di fallimento, anche se la medesima procedura sia stata successivamente dichiarata estinta dal giudice, *ex art. 567, comma terzo, c.p.c.*, per inerzia del curatore.

Sul diverso ambito del rendiconto del curatore si situa **Sez. 1, n. 06377/2019, Vella, Rv. 652733-01**, che chiarisce l'oggetto del relativo giudizio, comprensivo, oltre

che della verifica contabile, anche dell'effettivo controllo di gestione, potendo estendersi all'accertamento della personale responsabilità dell'organo concorsuale nel compimento di atti pregiudizievoli per la massa o per i singoli creditori; in quest'ultimo caso le contestazioni rivolte al conto debbono essere dotate di concretezza e specificità, non potendo consistere in un'enunciazione astratta delle attività cui il curatore si sarebbe dovuto attenere, ma piuttosto indicare puntualmente gli atti di "*mala gestio*" posti in essere, nonché le conseguenze, anche solo potenzialmente dannose, che ne siano derivate, così da consentire la corretta individuazione della materia del contendere e l'efficace esplicazione del suo diritto di difesa.

Ancora in materia di rendiconto **Sez. 1, 01394/2019, Pazzi, Rv. 652404-01**, ha posto in luce che il decreto con il quale il tribunale liquida, dopo l'approvazione del rendiconto, il compenso finale al curatore, ha natura decisoria e carattere definitivo; esso non è soggetto a reclamo ai sensi dell'art. 39 l.fall., è impugnabile per cassazione *ex art. 111 Cost.* ma non è suscettibile di essere revocato o modificato dall'autorità giudiziaria che lo ha emesso, consumando questa, con la sua adozione, il proprio potere decisionale.

In tema di ripartizione dell'attivo tra i creditori **Sez. 1, 00541/2019, Mercolino, Rv. 652729-03**, ha precisato che la disciplina di cui all'art. 117, comma terzo, l. fall., antecedente alle modifiche di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 5 del 2006 (che ha introdotto i commi 4 e 5 della predetta norma), nel prevedere l'efficacia liberatoria del deposito presso l'istituto di credito, escludendo la possibilità di un riparto supplementare delle somme spettanti ai creditori che non si siano presentati a riscuoterle o che siano rimasti irreperibili, non contrasta con l'art. 1 Primo Protocollo aggiuntivo alla CEDU in quanto relativa a somme definitivamente fuoriuscite dalla disponibilità del fallimento e rispetto alle quali i creditori rimasti insoddisfatti non sono titolari di alcun diritto e non possono lamentare alcuna privazione della proprietà.

8. La chiusura del fallimento e l'esdebitazione.

Un corollario della chiusura del fallimento è tratto da **Sez. 2, n. 17149/2019, Falaschi, Rv. 654555-01**, la quale pone in luce che l'atto di riassunzione dinanzi al giudice del rinvio deve essere notificato personalmente al fallito tornato *in bonis*, poiché la chiusura del fallimento, determinando la cessazione degli organi fallimentari e il rientro del fallito nella disponibilità del suo patrimonio, fa venir meno la legittimazione processuale del curatore. Tuttavia, la notifica eventualmente eseguita al curatore deve ritenersi nulla e non già inesistente, attesa la possibilità di ricollegare il predetto soggetto con le precedenti designazioni della parte, con la conseguenza che, in tale ipotesi, il giudice del rinvio non può dichiarare l'estinzione del giudizio

ma, giusta la previsione di cui all'art. 291 c.p.c., deve ordinare la rinnovazione della notificazione, salvo che la parte intimata si sia costituita in giudizio sanando la nullità.

Sez. 1, n. 04514/2019, Micolino, Rv. 652729-02, pone in evidenza che nel caso di dichiarazione di fallimento anteriore all'entrata in vigore della introduzione dell'art. 117, comma quinto, l. fall. ad opera dell'art. 107 d.lgs. n. 5 del 2006, non trova applicazione la disciplina così come innovata dovendo, invece, ritenersi applicabile quella previgente sulle forme dei depositi giudiziari ai sensi dell'art. 2 del r.d. n. 149 del 1910 presso l'ufficio postale incaricato del relativo servizio e dell'art. 2 del d.l. n. 143 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 181 del 2008, sulla devoluzione al Fondo unico giustizia delle somme non reclamatione entro cinque anni.

Una conseguenza della chiusura del fallimento sul fronte dei rapporti obbligatori residui è ricavata da **Sez. 1, n. 13921/2019, Iofrida, Rv. 654262-01**, secondo la quale l'estinzione della società per effetto dell'obbligatoria cancellazione dal registro delle imprese, ai sensi dell'art. 118, comma primo, n. 4, l.fall., a seguito di chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo, determina il trasferimento degli eventuali crediti residui, che non siano stati realizzati dal curatore fallimentare, ai soci in regime di contitolarità o comunione indivisa, salvo che il mancato espletamento dell'attività di recupero consenta di ritenere che la società vi abbia già rinunciato prima dell'apertura della procedura concorsuale. Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato il difetto di legittimazione attiva dei soci della società estinta, poiché l'esistenza del credito litigioso non era stata portata a conoscenza della curatela, dovendo ritenersi che esso fosse stato già tacitamente rinunciato dalla creditrice.

Infine, **Sez. 6-2, n. 08088/2019, Criscuolo, Rv. 653385-01**, ha osservato che in tema di domanda di indennizzo ex l. n. 89 del 2001 per irragionevole durata della procedura fallimentare cui non siano applicabili le modifiche introdotte con d.lgs. n. 5 del 2006 e dal d.lgs. n. 169 del 2007, il termine semestrale di decadenza decorre dalla data di definitività del decreto di chiusura del fallimento da individuarsi, qualora il provvedimento non sia stato comunicato, in quello di un anno dalla sua pubblicazione ai sensi dell'art. 327 c.p.c.

Sez. 1, n. 13270/2019, Terrusi, Rv. 653773-01, ha ritenuto che a seguito della riforma della legge fallimentare di cui al d.lgs. n. 5 del 2006 ed al d.lgs. n. 169 del 2007, l'art. 118, comma primo, n. 1), l. fall. vada interpretato nel senso che il fallimento non possa essere chiuso quando siano state comunque presentate domande tempestive di insinuazione al passivo, ancorché successivamente rinunciate, potendo l'eventuale rinuncia alle domande, siano esse tempestive o tardive, rilevare soltanto ai fini della chiusura della procedura ai sensi dell'art. 118, comma primo, n. 2), l. fall. La pronuncia pare intraprendere un percorso ermeneutico differente rispetto a Sez. 1, n. 04021/2017, Bernabai, Rv. 644308-01, ove si era

opinato che, a seguito della riforma della legge fallimentare di cui al d.lgs. n. 5 del 2006 ed al d.lgs. n. 169 del 2007, l'art. 118, comma 1, n. 1, l.fall. andasse interpretato nel senso che il fallimento non potesse essere chiuso in presenza di domande, tempestive o tardive, che, una volta presentate, fossero state destinate ad un'utile collocazione.

Sez. 1, n. 04514/2019, Mercolino, Rv. 652729, ha argomentato che, in tema di giudizio di cassazione, sussiste la legittimazione processuale del curatore fallimentare se, al momento della notifica del ricorso, il decreto di chiusura del fallimento non sia ancora definitivo; così come nell'ipotesi in cui la legittimazione del curatore venga meno nella pendenza del giudizio, in quanto in esso non trovano applicazione gli artt. 299 e 300 c.p.c., nè trova applicazione il principio generale secondo cui la chiusura del fallimento fa cessare la legittimazione processuale del curatore, con il conseguente sub ingresso del fallito, tornato *in bonis*, nei procedimenti pendenti al momento della chiusura.

In tema di esdebitazione, **Sez. 6-1, n. 10080/2019, Terrusi, Rv. 653704-01**, ha ritenuto che il disposto dell'art. 142, comma primo, n. 6, l. fall., nella parte in cui prevede, quale condizione di esclusione per il fallito dal beneficio anzidetto, la condanna per delitti compiuti in "*connessione con l'esercizio dell'attività di impresa*", vada interpretato nel senso che il delitto deve essere stato commesso non in semplice rapporto di occasionalità, ma in stretto collegamento finalistico o funzionale con l'attività di impresa, ovvero in legame di presupposizione tra il reato e l'attività suddetta. In applicazione del predetto principio, la Corte ha escluso la rilevanza del reato di diffamazione commesso dal fallito ai danni di una banca creditrice, consistito nell'invio di *mail* con le quali il c.d.a. dell'istituto di credito veniva accusato di ricattarlo in relazione all'assegnazione di alcuni lavori ed alla mancata concessione di credito.

9. Il concordato fallimentare.

Di rilievo il chiarimento reso da **Sez. 5, n. 18125/2019, Succio, Rv. 654511-01**, secondo cui nel procedimento civile, per effetto della cessazione della materia del contendere a seguito di omologa del concordato fallimentare, deve disporsi la cassazione senza rinvio della sentenza in quanto in tal caso la composizione della controversia consegue, non al venir meno delle ragioni di contrasto, ma alla verifica giudiziale delle condizioni di legge per l'omologazione ed in quanto l'assuntore, quale esecutore del concordato fallimentare, rimane terzo rispetto all'accordo e alla lite pendente, ovvero, anche ove succeda a titolo particolare nei diritti controversi, non

può intervenire nel giudizio di legittimità, con la conseguenza che la sentenza emessa è inidonea a regolare i rapporti tra le parti.

10. Il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione.

In tema di concordato preventivo in bianco, **Sez. 1, n. 30456/2019, Pazzi, Rv. 656273 – 01**, evidenzia che l'inclusione nelle operazioni di suffragio disposta dal giudice delegato ai sensi dell'art. 176 l.fall. non segna il termine ultimo per ogni statuizione in merito all'ammissione del credito al voto, perché l'assetto normativo dell'istituto caratterizza espressamente tale disposizione come provvisoria e chiama il tribunale – al pari del giudice dell'impugnazione sulla decisione di quest'ultimo – a rinnovare la verifica ai fini del controllo del regolare sviluppo dell'*iter* procedurale.

Il delicato tema dell'autonomia e della terzietà dell'attestatore è affrontato da **Sez. 1, 00922/2019, Vella, Rv. 653106-01**, secondo cui, ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 161, comma 3, l. fall., in presenza di rapporti personali o professionali dell'attestatore con l'impresa proponente o con coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento, il giudice deve sempre verificare che tali rapporti siano tali da compromettere in concreto l'indipendenza del suo giudizio. Nella specie la Corte ha cassato con rinvio la sentenza della Corte d'appello, che aveva respinto la domanda di omologa del concordato preventivo per mancanza di indipendenza dell'attestatore, solo perché legato da rapporto di parentela con una dipendente della società proponente.

Il sindacato del tribunale in fase di ammissione è l'aspetto più rilevante rinvenibile in **Sez. 1, n. 05653/2019, Mercolino, Rv. 652813-01**, secondo la quale, nel valutare l'ammissibilità della domanda il tribunale non può controllare direttamente la regolarità ed attendibilità delle scritture contabili del proponente, ma soltanto svolgere un sindacato sulla corretta predisposizione dell'attestazione del professionista designato ai sensi dell'art. 161, comma 2, l. fall., in termini di completezza dei dati aziendali e di comprensibilità dei criteri di giudizio adottati, rientrando tale attività nella verifica della regolarità della procedura indispensabile per garantire la corretta formazione del consenso dei creditori.

La larghezza e l'oggetto del sindacato giudiziale è il nucleo centrale di **Sez. 1, n. 03863/2019, Pazzi, Rv. 653088-01**, che esclude dall'ambito della verifica della fattibilità, riservata al giudice, la considerazione dell'aspetto pratico-economico della proposta di concordato preventivo e la convenienza della stessa, quand'anche in ordine al profilo della misura minimale del soddisfacimento dei crediti rappresentati, ritenendo che ciò affasci valutazioni riservate ai creditori. In tal senso, non è possibile individuare una percentuale fissa minima al di sotto della quale la proposta concordataria debba ritenersi inadatta a perseguire la causa concreta cui la procedura

è volta, consistente nel consentire il superamento della condizione di crisi dell'imprenditore e nel riconoscere agli aventi diritto la realizzazione del credito vantato in tempi ragionevolmente contenuti, sia pure per una minima consistenza.

La tematica del voto concordatario si registra anche in **Sez. 1, n. 03860/2019, Pazzi, Rv. 652650-01**, ad avviso della quale quello espresso ancorché con dichiarazione trasmessa al commissario giudiziale a mezzo p.e.c., prima del deposito della relazione di cui all'art. 172 l. fall. e dell'adunanza dei creditori, è valido, purché trovi esatta corrispondenza con la proposta definitiva presentata dal debitore, e, se negativo, deve essere tenuto in considerazione al fine di individuare nel creditore che lo ha manifestato un soggetto dissenziente cui estendere necessariamente il contraddittorio in sede di giudizio di omologazione, *ex art. 180, comma primo, l.fall.*, sicché la pretermissione della notifica del decreto che fissa l'udienza camerale relativa al giudizio di omologazione al creditore dissenziente comporta una violazione del contraddittorio e, di conseguenza, la nullità del giudizio così instauratosi e del decreto di omologa emesso al suo esito.

Sempre in tema di voto **Sez. 1, n. 22382/2019, Guido, Rv. 655027-01**, ha ritenuto che il fideiussore del proponente il concordato non sia titolare di diritto di voto, atteso che l'art. 174, comma quarto, l. fall. consente soltanto il suo intervento nell'adunanza e che prima del pagamento egli non ha un credito di regresso nei confronti del debitore, potendo esercitare verso di lui solo l'azione di rilievo, *ex art. 1950 c.c.*, che mira ad ottenere un *facere* e non un *dare*.

Ad avviso di **Sez. 1, n. 30454/2019, Pazzi, Rv. 656272 - 02**, il creditore ipotecario è legittimato a proporre reclamo avverso il decreto del giudice delegato che abbia disposto la cancellazione di un'ipoteca iscritta su un immobile a proprio favore, *ex art. 108, comma secondo, l. fall.* ancorché non si sia opposto all'approvazione della proposta concordataria, poiché egli ha interesse a che la cancellazione dell'ipoteca iscritta a suo favore sia disposta ai sensi dell'art. 182, commi quarto e quinto, l. fall. nel testo applicabile *ratione temporis*, in maniera legittima, in particolare, avuto riguardo all'avvenuta dismissione del bene nell'ambito della procedura concorsuale, della correlata legittimazione del liquidatore giudiziale ad operare in tal senso e dell'avvenuta riscossione del prezzo.

Sez. 1, n. 27200/2019, Pazzi, Rv. 655352-01, ha argomentato che la rinuncia alla domanda di concordato preventivo con riserva, formulata dal debitore nel corso della fase di ammissione al procedimento, non impedisce al pubblico ministero, prima che il tribunale dichiari l'inammissibilità della detta domanda, di avanzare una richiesta di fallimento dell'imprenditore, in ragione della ritenuta sua insolvenza di cui sia venuto a conoscenza a seguito della comunicazione *ex art. 161, comma cinque, l.fall.*

Sez. 1, n. 25458/2019, Dolmetta, Rv. 655347-01, ha accluso nel novero gli atti di frode rilevanti ai fini della revoca dell'ammissione alla procedura ai sensi dell'art. 173 l.fall., i fatti taciuti nella loro materialità ovvero esposti in maniera non adeguata e compiuta, aventi valenza anche solo potenzialmente decettiva nei confronti dei creditori, a prescindere dal concreto pregiudizio loro arrecato. Nella specie, la Corte ha affermato che l'omessa indicazione nella proposta concordataria del contenzioso pendente nei confronti della società proponente, per un valore economico significativo, può costituire atto di frode.

Il tema dell'ordinarietà o straordinarietà dell'amministrazione è affrontato anche da **Sez. 1, n. 13261/2019, Vella, Rv. 653772-01**, a parere della quale la locazione infranovennale di un immobile senza l'autorizzazione del tribunale, nel corso della procedura di concordato preventivo, non costituisce di per sé atto di straordinaria amministrazione, tale da giustificare senz'altro la revoca dell'ammissione alla procedura ai sensi dell'art. 173 l. fall., in quanto nell'attività di impresa, che presuppone necessariamente il compimento di atti dispositivi e non meramente conservativi, la distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione non si fonda sulla natura conservativa o meno dell'atto, ma sulla sua relazione con la gestione normale del tipo di impresa e con le relative dimensioni.

Il *discrimen* tra ordinaria e straordinaria amministrazione è tracciato da **Sez. 1, n. 14713/2019, Terrusi, Rv. 654268-03**, in modo netto, in relazione ai casi dubbi: per valutare la natura di ordinaria o straordinaria amministrazione degli atti compiuti dall'imprenditore dopo la presentazione di una domanda di concordato preventivo con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma settimo, l. fall., è necessario che siano state fornite informazioni sul tipo di proposta o sul contenuto del piano che il debitore intende presentare, sicché, in difetto di tali elementi, l'atto che si riveli idoneo a incidere negativamente sul patrimonio dell'impresa deve essere considerato come di straordinaria amministrazione.

Sempre ad avviso della detta pronuncia (**Rv. 654268-02**), dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 7, l. fall., l'imprenditore può compiere senza necessità di autorizzazione del tribunale gli atti di gestione dell'impresa finalizzati alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio, secondo il medesimo criterio previsto dall'art. 167 l. fall.; sicché la distinzione tra atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione resta incentrata sulla sua idoneità a pregiudicare i valori dell'attivo compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, tenuto conto esclusivamente dell'interesse di questi ultimi e non dell'imprenditore insolvente, essendo quindi possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possano, invece, assumere un diverso connotato nell'ambito di una procedura concorsuale.

Sez. 1, n. 13391/2019, Vella, Rv. 654042-01, ha avuto occasione di precisare che i beni personali dei soci illimitatamente responsabili (nella specie, di una s.a.s.) non entrano automaticamente nell'attivo concordatario; tuttavia, qualora i detti soci apportino i loro beni personali, questi non possono più essere considerati in modo neutrale rispetto all'attivo patrimoniale, specie ove provengano dalla liquidazione di beni sui quali grava un vincolo in favore di taluni creditori sociali, sicché il ricavato della loro liquidazione deve essere destinato al soddisfacimento dei creditori prelatizi, secondo il giudizio comparativo richiesto dall'art. 160, comma secondo, l. fall..

Secondo **Sez. 1, n. 07577/2019, Pazzi, Rv. 653229-01**, il debitore che dopo la domanda di ammissione al concordato con riserva abbia presentato la relativa proposta senza la documentazione prescritta dall'art. 161 l. fall., può ancora avvalersi del termine di sessanta giorni accordato dal tribunale, *ex art.* 161, comma 6, l. fall., allo scopo di integrare la detta documentazione. Nella specie la Corte ha confermato la sentenza della corte d'appello che aveva revocato il fallimento dichiarato dal tribunale dopo aver dichiarato inammissibile la proposta del debitore, depositata solo sette giorni dopo la domanda di concordato con riserva, in quanto priva della necessaria attestazione del professionista *ex art.* 161, comma terzo, l. fall..

Sez. 1, n. 10091/2019, Vella, Rv. 653691-01, ha ritenuto l'opponibilità, in ambito concordatario, del patto di compensazione stipulato contestualmente al deposito dei titoli acquistati presso la banca ed a garanzia del credito derivante dal finanziamento da questa concesso al debitore ammesso alla procedura se l'accordo concluso contestualmente al finanziamento attribuiva alla banca il diritto di incamerare le somme rimosse, indipendentemente dal fatto che il debito dell'istituto di credito sia divenuto liquido ed esigibile dopo la domanda di concordato.

Sez. 1, n. 10106/2019, Solaini, Rv. 654171-01, puntualizza che la domanda di concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, comma primo, l. fall. è ammissibile anche dopo che sia stato omologato l'accordo di ristrutturazione dei debiti sottoscritto dal medesimo imprenditore, in quanto il principio di alternatività delle procedure concorsuali, di cui all'art. 161, comma 6, l. fall., non trova applicazione nel caso di consecuzione delle stesse, restando preclusa al debitore – quando non abbia ottenuto l'ammissione al concordato ovvero l'omologa di un accordo – soltanto la possibilità di ripresentare nel biennio successivo una nuova domanda di concordato cd. con riserva.

In tema di revoca del concordato preventivo, **Sez. 1, n. 00211/2019, Rv. 652068-01**, ha ritenuto che il decreto con il quale la corte d'appello dichiara inammissibile il reclamo avverso il provvedimento di revoca adottato ai sensi dell'art. 173 l. fall., senza emettere conseguenziale sentenza dichiarativa del fallimento del debitore, non è ricorribile per cassazione *ex art.* 111 Cost.; detto decreto è, infatti, sprovvisto di

carattere decisorio, in quanto, non decidendo nel contraddittorio delle parti su diritti soggettivi, non è idoneo al giudicato.

Secondo **Sez. 1, n. 16808/2019, Amatore, Rv. 654280-01**, il pagamento non autorizzato dal giudice di un debito scaduto eseguito in data successiva al deposito della domanda di concordato preventivo, determina, ai sensi dell'art. 173, comma terzo, l. fall., la revoca dell'ammissione alla procedura, salvo che l'imprenditore dimostri nel relativo procedimento di revoca che tale pagamento non sia stato pregiudizievole per l'interesse dei creditori, essendo ispirato al criterio della loro migliore soddisfazione, né sia stato diretto a frodarne le ragioni, così pregiudicando le possibilità di adempimento della proposta formulata con la domanda di concordato.

Sez. 1, n. 24797/2019, Falabella, Rv. 655767-01, ha evidenziato che nel procedimento di reclamo avverso il decreto del Tribunale di omologazione del concordato preventivo, di cui all'art. 183 l. fall., qualora il ricorrente non depositi le notificazioni del ricorso e del decreto di fissazione ai reclamati, da effettuarsi nel termine di trenta giorni *ex* art. 18 l. fall. – applicabile in assenza di contrarie disposizioni –, la corte d'appello, rilevata la mancata comparizione delle parti in udienza e impossibilitata a controllare l'avvenuta corretta instaurazione del contraddittorio, deve definire in rito il procedimento, che ha natura camerale, non potendo accordarsi un nuovo termine per la notificazione, da momento che non è consentito rinnovare un atto mai compiuto o giuridicamente inesistente. Nel caso di specie, la corte d'appello aveva erroneamente disposto rinvio *ex* art. 348, comma secondo, c.p.c. affermando che, in difetto di espressa previsione di improcedibilità, occorreva fare riferimento alle norme generali sull'appello.

Sez. 1, n. 20892/2019, Pazzi, Rv. 655023-01, ha ribadito il principio per cui il reclamo alla corte d'appello avverso il decreto con il quale il tribunale abbia provveduto sull'omologazione (accordandola o negandola) del concordato preventivo, ai sensi dell'art. 183 l. fall., va proposto entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento impugnato, in quanto l'impugnabilità con il reclamo medesimo anche della sentenza dichiarativa di fallimento postula l'applicazione del termine previsto dall'art. 18 l. fall.

La medesima pronuncia ha poi ritenuto (**Rv. 655023-02**) che nel regime vigente a seguito della modifica della novella apportata con d.l. n. 83 del 2015, conv. con l. n. 132 del 2015, in vigore dal 21 agosto 2015, la revoca del voto espresso dal creditore soggiaccia agli stringenti limiti di cui all'art. 178, comma quarto, l. fall., che permette al solo creditore che non abbia espresso il proprio assenso o diniego in adunanza, di far pervenire un suffragio postumo nei venti giorni dalla chiusura del verbale di quest'ultima, così implicitamente escludendo la possibilità di modificare il voto già

espresso in detta sede, e all'art. 179, comma 2, l. fall., che tale possibilità di modifica circoscrive al caso di mutamento delle condizioni di fattibilità del piano.

Sez. 1, n. 30201/2019, Pazzi, Rv. 656269 – 01, andando di contrario avviso rispetto ai precedenti della Sezione (Sez. 1, n. 12819/2016, Ferro, Rv. 640102-01), ha ritenuto che, al provvedimento emesso dalla Corte d'appello ai sensi dell'art. 183, comma primo, l. fall., decidendo sul reclamo avverso il decreto di omologazione, si applica la disciplina prevista dall'art. 18, comma quattordicesimo, l. fall., ed è ricorribile per cassazione entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla notificazione a cura della cancelleria; anche rispetto all'impugnazione per cassazione, infatti, permangono le ragioni giustificative della necessità di individuare una coincidente disciplina regolante il reclamo avverso il decreto con il quale il tribunale abbia provveduto sull'omologazione, accordandola o negandola, e la contestuale sentenza dichiarativa di fallimento, ne consegue che il rinvio al procedimento di reclamo di cui all'art. 183, comma secondo, l. fall., deve intendersi riferito all'intero svolgersi delle fasi di impugnazione previsto dall'art. 18 l. fall. e non solo alla porzione del reclamo.

Di sicuro rilievo è **Sez. 1, n. 00208/2019, Pazzi, Rv. 652543-01**, secondo cui è inammissibile, per difetto di interesse ad impugnare, il ricorso per cassazione avverso il decreto di omologa del concordato preventivo con il quale il creditore contesti l'entità o il rango (privilegiato o chirografario) di un suo credito, come determinato ai fini del calcolo delle maggioranze richieste per l'approvazione della proposta, dovendosi accertare sempre nelle forme della cognizione ordinaria le ragioni creditorie vantate nei confronti del debitore in concordato.

Sez. 1, n. 24441/2019, Terrusi, Rv. 655308-01, ha chiarito che in tema di risoluzione e annullamento del concordato preventivo, l'attuale testo dell'art. 137 l. fall. (conseguente alle modifiche apportate dall'art. 9, comma 10, d.lgs. n. 169 del 2007), cui rinvia l'art. 186 stessa legge, postulando che al procedimento sia chiamato a partecipare anche l'eventuale garante, include quest'ultimo accanto al debitore tra i soggetti del processo, così da concretizzare una fattispecie di litisconsorzio necessario processuale.

Sempre in tema di risoluzione, **Sez. 1, n. 20652/2019, Pazzi, Rv. 654772-01**, evidenzia che il concordato preventivo con cessione dei beni deve essere risolto, a norma dell'art. 186 l. fall., qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione di soddisfare in una qualche misura i creditori chirografari e integralmente quelli privilegiati non falcidiati, salvo che l'inadempimento abbia scarsa importanza, tenuto conto della percentuale di soddisfacimento indicata nella proposta dal debitore, anche se quest'ultimo non si sia espressamente obbligato a garantirla.

Ancora in materia di risoluzione, nell'ottica di **Sez. 6-1, n. 14601/2019, Rv. 654302-01**, pur dovendosi riconoscere, in capo ai creditori concordatari, il diritto di

agire per la risoluzione nel caso in cui sia emersa l'impossibilità di soddisfarli nella misura proposta ed omologata, a prescindere dalla scadenza dei termini di adempimento delle obbligazioni concordatarie, non è consentito individuare un *dies a quo* del termine di decadenza della suddetta azione anticipato rispetto a quello previsto dall'art. 186, comma terzo, l. fall.

Sez. L, n. 23520/2019, Blasutto, Rv. 655060-01, ha considerato che in tema di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, il commissario liquidatore non ha la legittimazione ad agire o resistere, in relazione ai giudizi di accertamento delle ragioni di credito e pagamento dei relativi debiti, ancorchè influenti sul riparto che segue le operazioni di liquidazione, potendo, al più, spiegare intervento, in quanto la legittimazione processuale spetta all'imprenditore sottoposto al concordato preventivo, che, invero, prosegue l'esercizio dell'impresa durante lo svolgimento della procedura ed è, quindi, soggetto passivo anche in relazione agli obblighi maturati dopo l'ammissione alla procedura concordataria e dopo l'omologazione della relativa proposta.

Nella prospettiva di **Sez. 1, n. 00641/2019, Pazzi, Rv. 652399-01**, il decreto emesso dal tribunale in sede di reclamo, avverso il provvedimento del giudice delegato di approvazione del piano, predisposto dal liquidatore e avente ad oggetto le modalità di distribuzione delle somme disponibili in esito alla liquidazione dell'attivo, non è ricorribile per cassazione, avendo esso carattere ordinatorio ed efficacia endoconcorsuale ed essendo sprovvisto del requisito della decisorietà.

Un importante profilo operativo del concordato con cessione dei beni ai creditori è colto da **Sez. 1, n. 05663/2019, Pazzi, Rv. 652820-01**, secondo cui la tipologia in parola comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni, ma dei soli poteri di gestione finalizzati alla liquidazione. Ne consegue che l'art. 2941, n. 6, c.c., non è applicabile estensivamente ai rapporti tra debitore e creditori del concordato preventivo in questione, poichè la titolarità dell'amministrazione dei beni ceduti spetta esclusivamente al liquidatore, il quale la esercita non in nome o per conto dei creditori concordatari, ma nel rispetto delle direttive impartite dal tribunale, secondo l'art. 182 l. fall., nel testo vigente *ratione temporis* (anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. n. 169 del 2007).

Anche la materia degli accordi di ristrutturazione è stata interessata da pronunce di rilievo.

Ad avviso di **Sez. 1, n. 13850/2019, Vella, Rv. 654044-01**, nell'ipotesi di impresa che abbia ottenuto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, il terzo estraneo all'accordo rimasto insoddisfatto può avanzare istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 6 l. fall., a prescindere dall'intervenuta risoluzione dell'accordo omologato, in quanto si tratta di soggetto non vincolato dagli effetti del provvedimento di omologazione.

L'ampiezza del vaglio del giudice adito è profilo investito da **Sez. 1, n. 12064/2019, Terrusi, Rv. 653696-01**, ad avviso della quale, in sede di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il sindacato del tribunale non è limitato ad un controllo formale della documentazione richiesta, ma comporta anche una verifica di legalità sostanziale compresa quella circa l'effettiva esistenza, in termini di plausibilità e ragionevolezza, della garanzia del pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo nei tempi previsti per legge.

11. La liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria.

Nel campo delle liquidazioni coatte amministrative **Sez. 1, n. 29052/2019, Pazzi, Rv. 655633-01**, ha ritenuto che in tema di accertamento del passivo nella liquidazione coatta amministrativa di società di intermediazione mobiliare, nel regime anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 181 del 2015, si applichi *ratione temporis* la norma speciale di cui all'art. 88, comma 1, del d.lgs. n. 385 del 1993, la quale postula l'appellabilità – non la diretta ricorribilità per cassazione *ex art. 99 l. fall.* – della sentenza del tribunale di decisione delle cause di opposizione al passivo.

Sez. 1, n. 14329/2019, Scalia, Rv. 654266-01, ha reputato che l'istanza di insinuazione tardiva di un credito nel passivo di una liquidazione coatta amministrativa già pendente alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006 soggiaccia al rito ordinario di cognizione, sicché il procedimento deve concludersi non con decreto impugnabile con i mezzi e le forme di cui agli artt. 98 e 99 l. fall., ma, secondo la previgente disciplina, con sentenza appellabile e quindi ricorribile per cassazione nel termine di sessanta giorni, sancendo l'art. 150 del d.lgs. n. 5 del 2006 l'applicabilità del rito novellato esclusivamente alle procedure concorsuali apertesi successivamente a quella data.

I rapporti di lavoro nell'ambito delle liquidazioni coatte amministrative costituiscono il fulcro decisivo di **Sez. L, n. 07307/2019, Patti, Rv. 653086-01**, a cui parere, nell'ipotesi di trasferimento coattivo di personale, già dipendente di un'impresa di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti che sia soggetta a liquidazione coatta amministrativa, ad una fra le imprese autorizzate tra le quali sia stato ripartito il portafoglio dell'impresa dal Comitato del fondo di garanzia per le vittime della strada, i lavoratori sono riassunti dal commissario liquidatore, ai sensi dell'art. 10 del d.l. n. 857 del 1976 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 39 del 1977) e, quindi, in continuità del medesimo rapporto istituito *ex novo*, dall'impresa coattivamente cessionaria, a norma dell'art. 11, commi 3 e 4, del predetto d.l., posto che i rapporti con l'impresa già

datrice si sono risolti di diritto per effetto della sua soggezione a liquidazione coatta amministrativa.

Ad avviso di **Sez. 1, n. 22558/2019, Solaini, Rv. 655329-01**, alle opposizioni allo stato passivo delle liquidazioni coatte amministrative pendenti al 16 gennaio 2006, data di entrata in vigore della novella dell'art. 99 l. fall., (*ex* d.lgs. n. 5 del 2006), si applica la disciplina previgente, che non prevedeva il ricorso diretto per cassazione, bensì l'appello avverso la decisione di primo grado assunta con sentenza.

Nel settore delle amministrazioni straordinarie, di non poco momento si mostra **Sez. 1, n. 28962/2019, Dolmetta, Rv. 655826-01**, secondo cui, qualora il commissario dell'impresa conduttrice abbia esercitato il diritto di recedere dal contratto di locazione di un aeromobile, non spetta al locatore del veicolo l'equo indennizzo di cui all'art. 80 l.fall., perché detta norma riguarda solo il recesso del conduttore dalla locazione di beni immobili, mentre l'aeromobile è un bene mobile registrato, assoggettato al relativo regime secondo la previsione di cui all'art. 815 c.c..

Di spicco anche **Sez. 1, n. 05249/2019, Campese, Rv. 652811-01**, che ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 1 *bis* del d.l. n. 134 del 2008, come convertito dalla l. n. 166 del 2008, che ha fornito l'interpretazione autentica del disposto di cui all'art. 50, comma 2, del d.lgs. n. 270 del 1999, nella parte in cui prevede che, nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, la stabilizzazione dei rapporti contrattuali in corso consegue solo alla positiva manifestazione di volontà del commissario straordinario di subentrare in tali rapporti, perché la norma ha positivizzato un principio già implicitamente contenuto nella norma interpretata, trattandosi di una delle possibili letture del testo originario, idonea ad assicurare tutela alla certezza del diritto ed all'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, principi di preminente interesse costituzionale.

Nel contesto delle amministrazioni controllate, **Sez. 2, n. 22992/2019, Besso Marcheis, Rv. 655240-01**, ha evidenziato che il compenso professionale relativo all'attività svolta prima dell'ammissione a detta procedura ha carattere concordatario, opponibile ai creditori partecipanti al concordato e privilegiato *ex* art. 2751 *bis* c.c., da liquidare sul parametro degli onorari previsti per la tariffa professionale in materia stragiudiziale per l'assistenza in procedure concorsuali; viceversa, l'attività successiva è di straordinaria amministrazione e dunque soggetta alla preventiva autorizzazione scritta del giudice delegato, ove non sia dimostrata la concreta finalizzazione della medesima al risanamento dell'impresa, mediante il miglioramento della sua capacità produttiva e reddituale, elementi che una volta provati consentono di ritenere di ordinaria amministrazione l'atto finalizzato al recupero dell'impresa.

12. Il sovraindebitamento.

In tema viene in rilievo **Sez. 1, n. 27544/2019, Campese, Rv. 655779-01**, per ciò, che ha ritenuto l'omologabilità, in assenza di specifica disposizione di legge sul termine massimo per il compimento dei pagamenti, della proposta di piano del consumatore per la soluzione della crisi da sovraindebitamento che preveda una dilazione dei pagamenti di significativa durata, anche superiore ai cinque o sette anni, non potendosi escludere che gli interessi dei creditori risultino meglio tutelati da un piano siffatto in quanto la valutazione di convenienza è pur sempre riservata ai creditori, cui deve essere assicurata la possibilità di esprimersi sulla proposta, anche alla luce del principio di origine comunitaria della cd. *second chance* in favore degli imprenditori, ispiratore della procedura. Nella specie, il Tribunale, essendo stato proposto dal debitore un piano con dilazione dei pagamenti fino a quasi dodici anni, aveva ritenuto lo stesso non omologabile solo perché di eccessiva durata.

Sez. 1, n. 17834/2019, Terrusi, Rv. 654540-01, afferma che negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani del consumatore è possibile prevedere la dilazione del pagamento dei crediti prelatizi anche oltre il termine di un anno dall'omologazione previsto dall'art. 8, comma 4, della legge n. 3 del 2012, ed al di là delle fattispecie di continuità aziendale, purché si attribuisca ai titolari di tali crediti il diritto di voto a fronte della perdita economica conseguente al ritardo con cui vengono corrisposte le somme ad essi spettanti o, con riferimento ai piani del consumatore, purché sia data ad essi la possibilità di esprimersi in merito alla proposta del debitore.

Sez. 1, n. 17836/2019, Terrusi, Rv. 654542-01, ha ritenuto che il decreto con cui il tribunale respinge il reclamo proposto contro la decisione di rigetto della domanda di apertura della liquidazione del patrimonio del sovraindebitato, disciplinata dagli artt. 14 ter e ss. della l. n. 3 del 2012, come successivamente modificata dal d.l. n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 221 del 2012, ha la stessa natura del decreto che respinge il reclamo avverso il rigetto dell'istanza di fallimento, sicché esso non è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione, difettando dei requisiti della definitività (in quanto la domanda di apertura della procedura è riproponibile) e della decisorietà (in quanto non incide su un diritto del debitore).

Infine, **Sez. 1, n. 10095/2019, Dolmetta, Rv. 653692-01**, ha sancito l'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso il decreto di accoglimento del reclamo proposto nei confronti del provvedimento di omologazione del piano proposto dal consumatore ai sensi dell'art. 12-*bis* della l.n. 3 del 2012, come integrata dalla l. n. 221 del 2012, tenuto conto del carattere contenzioso del procedimento e dell'idoneità del provvedimento che lo definisce ad incidere su diritti soggettivi.

PARTE QUINTA

IL DIRITTO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA

(coordinata da Ileana Fedele e Milena D'Oriano)

SEZIONE PRIMA

IL RAPPORTO DI LAVORO PRIVATO

(di Luigi Di Paola, Ileana Fedele, Antonella Filomena Sarracino)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro. - 2.1. Il limite del rischio cd. elettivo. - 2.1.1. L'esclusione della configurabilità del consenso del dipendente quale concorso colposo. - 2.1.2. Il concorso colposo del lavoratore. - 2.1.3. Il danno cd. differenziale da infortunio sul lavoro e l'indennizzo *ex art.* 13 del d.lgs. n. 38 del 2000. Modalità di computo del risarcimento del danno e *compensatio lucri cum damno*. - 2.2. Il riparto degli oneri della prova. - 2.2.1. La responsabilità del committente, ai sensi dell'art. 2087 c.c. - 2.2.2. Obblighi e responsabilità datoriali in caso di maternità della lavoratrice. - 2.3. La tutela dei lavoratori e degli eredi. La decorrenza del termine di prescrizione. - 2.4. La clausola della buona fede anche *a latere praestatoris*. - 3. Il *mobbing* e lo *straining*. - 4. *Ius variandi* e demansionamento. - 4.1. I limiti all'esercizio dello *ius variandi*. - 4.2.1. L'adibizione a mansioni inferiori in caso di riconversione o ristrutturazione aziendale. - 4.2.2. Demansionamento e *repechage* (rinvio). - 4.2.3. Demansionamento: la responsabilità del cessionario. - 4.3. Criteri per il risarcimento del danno da demansionamento. - 5. L'assegnazione del dipendente a mansioni superiori: le modalità di verifica. - 5.1. Gli obblighi datoriali, in caso di assegnazioni a mansioni superiori, nell'impiego privato. Questioni in tema di inquadramento. - 6. Il tratto distintivo tra redattore e collaboratore fisso nell'impresa giornalistica e le conseguenze della mancata iscrizione all'albo dei giornalisti. - 6.1. Sulla nozione di ufficio di corrispondenza estera. - 7. Il trasferimento. - 7.1. La libertà datoriale di operare lo spostamento dei lavoratori nell'ambito della unità produttiva. - 7.1.1. Mutamento di unità produttiva del lavoratore che assiste familiare con *handicap*. - 7.1.2. Scelta della sede di lavoro da parte del prestatore che assiste familiari con *handicap* grave e fruizione dei permessi. - 7.2. La posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento illegittimo. - 7.3. Gli emolumenti retributivi in caso di trasferimento ed il tfr - 8. La distinzione tra lavoro autonomo e subordinato per le professioni intellettuali o professionali. - 8.1. Il rapporto gerarchico dirigenziale *multilevel*. - 9. La retribuzione ed il tfr. - 9.1. Oneri di allegazione e prova nell'azione promossa ai sensi dell'art. 2126 c.c. (rinvio). - 9.1.1. Il decorso della prescrizione dei crediti derivanti da lavoro carcerario - 9.2. Il trattamento economico del socio lavoratore di società cooperative. - 9.2.1. Il computo dei soci lavoratori ai fini del requisito dimensionale. - 9.3. I trattamenti economici per servizio estero (rinvio). - 9.4. I trattamenti economici per il caso di trasferimento (rinvio al 7.3). - 9.5. La natura retributiva del credito del lavoratore per le ritenute fiscali indebitamente operate dal datore. - 9.6. Il problema della cumulabilità di reddito e pensione per gli iscritti all'istituto di previdenza dei giornalisti. - 9.7. Ferie, festività, riposi e orario di lavoro. - 9.7.1. Il congedo straordinario *ex art.* 42 del d.lgs. n. 151 del 2001. - 9.8. Tredicesima e quattordicesima: modalità di calcolo nella contrattazione collettiva. - 9.9. Il trattamento di fine rapporto. - 10. Responsabilità solidale del committente con l'appaltatore per il pagamento dei crediti retributivi. Individuazione della disciplina applicabile *ratione temporis*. - 10.1. La responsabilità solidale del committente con il subfornitore. - 10.2. Responsabilità del committente in caso di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore. - 10.3. La nozione di "trattamenti retributivi" al fine della delimitazione della responsabilità solidale del committente. - 10.4. Ambito di applicazione del regime decadenziale. - 11. Prerogative sindacali: trattative per la stipula dei c.c.n.l. e partecipazione alle oo.ss. - 11.1. Permessi sindacali. - 11.2. Repressione della condotta antisindacale. - 11.3. Limiti alla configurabilità del demansionamento in caso di sciopero (rinvio al 4.1). - 11.4. La rilevanza della

condotta datoriale di trattenimento dei contributi sindacali. - 12. Le dimissioni del lavoratore: la rilevanza della incapacità naturale ed il risarcimento del danno. - 12.1. Dimissioni e licenziamento. - 12.2. La forma del recesso del lavoratore. - 13. Il recesso datoriale per sopraggiunti limiti di età del prestatore. La forma. - 14. Lo sciopero nei servizi di sicurezza aeroportuale. - 15. Gli effetti del contratto collettivo senza durata predeterminata. - 16. La questione di costituzionalità della retrocessione per gli agenti autoferrotranviari.

CAPITOLO XVII

OBBLIGHI, RESPONSABILITÀ E DIRITTI DEL DATORE E DEL PRESTATORE DI LAVORO

(DI ANTONELLA FILOMENA SARRACINO)

1. Premessa.

L'anno appena trascorso ha visto porsi sul terreno della prassi molteplici questioni problematiche che hanno imposto alla dottrina e alla giurisprudenza di ripensare, anche alla luce dei *nova* normativi, i tratti distintivi sia tra lavoro subordinato e collaborazioni continuative e coordinate, sia tra lavoro autonomo e subordinato in caso di prestazioni di natura intellettuale o professionale.

Si tratta, quindi, per un verso, di affrontare una nuova e variegata realtà sociale nella quale emergono e si affermano nuovi lavori e professioni, basti pensare, per citare gli esempi di maggiore attualità, ai motofattorini e ciclofattorini (cd. *riders*), ma anche ai *platform workers*, per altro verso, di ritornare a riflettere sui tratti distintivi del lavoro subordinato, rispetto a quello autonomo, e dunque al significato di eterodirezione, con riferimento alle professioni intellettuali.

Le questioni ermeneutiche, su cui già si è interrogata la giurisprudenza di merito e sulle quali si è in attesa di una prima risposta della giurisprudenza di legittimità, quanto al primo dei due nuclei evidenziati (*riders*, *platform workers*, etc.), involgono l'interpretazione dell'art. 2 del d.lgs. 15 giugno del 2015, n. 81, anche alla luce delle recentissime modifiche apportate dal d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito, con modifiche, in l. 2 novembre 2019, n. 128.

Si tratta prioritariamente di verificare le tutele applicabili a queste nuove forme di lavoro che coinvolgono un numero sempre crescente di soggetti, di valutare, quindi, se ad essi si applichi la disciplina e la tutela del lavoro parasubordinato, del lavoro subordinato o, infine, se dovrà farsi luogo ad una applicazione delle discipline e delle tutele del lavoro subordinato, ma in modo selettivo, naturalmente facendo i conti con le novità apportate dal citato d.l. n. 101 del 2019.

In attesa che la giurisprudenza di legittimità dia il suo primo importantissimo segnale sulle problematiche richiamate, nel ripercorrere la giurisprudenza della Suprema Corte dell'anno 2019 in tema di lavoro privato, sembra utile ricorrere ai consueti paradigmi della dottrina e della giurisprudenza classiche, sicché in questa

sezione della rassegna si darà conto di tutte le pronunzie che involgono obblighi, responsabilità e diritti del datore di lavoro e del prestatore, ovvero l'essenza del rapporto di lavoro subordinato, caratterizzato e presidiato dalla presenza di peculiari e stringenti garanzie a favore del prestatore, da un lato, ma nello stesso tempo e per converso, connotato dalla subordinazione e dalla eterodirezione, valorizzando anche quanto ritenuto dal giudice di legittimità in ordine ai tratti distintivi tra lavoro autonomo e subordinato in relazione alle prestazioni intellettuali.

Questo, dunque, il filo conduttore di questo breve *excursus*, in cui si cercherà di esaminare in un quadro di riferimento organico, attraverso il prisma degli arresti della S.C., partendo dagli obblighi di protezione datoriale, i temi innanzi indicati.

Ebbene, come si è già accennato, ad onta delle recenti novelle legislative, non va sottaciuto che l'*imprinting* del contratto di lavoro subordinato, quanto alla posizione del datore, è ancora la sussistenza dell'obbligo di protezione del lavoratore, oltre, e prima ancora, del pagamento della retribuzione.

In tutti i contratti, è vero, vi è l'obbligo di rispetto della controparte che trova fonte nell'art. 1375 c.c.; trattasi, però, di un obbligo cd. secondario, distinto, seppur connesso agli obblighi primari di prestazione; non così nel contratto di lavoro, in cui il legislatore ha ritenuto indispensabile, attesa la peculiarità del rapporto, imporre all'imprenditore non solo l'obbligo di prevenzione generale, allo scopo di elidere i rischi derivanti dallo svolgimento delle mansioni, ma anche quello più pregnante di valorizzazione della personalità morale e dunque anche della professionalità del prestatore, solo in parte affievolito (cfr. *infra*) dalla novella dell'art. 2103 c.c.

Ai sensi dell'art. 2087 c.c., infatti, il datore ha l'obbligo di protezione della persona fisica e della personalità morale del lavoratore, attraverso l'adozione di tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie ai fini sopraindicati e, prima ancora e a monte, di predisporre il documento di valutazione dei rischi, aggiornandolo costantemente.

Insomma, sul datore incombe, per un verso, l'attivazione di tutte le garanzie atte ad impedire qualsivoglia rischio nell'ambiente di lavoro, per altro verso la tutela e la promozione della professionalità dei dipendenti. Detti obblighi diventano poi particolarmente stringenti avuto riguardo ad alcune categorie professionali, come per esempio gli apprendisti o le lavoratrici in gravidanza.

Nel corso del 2019 la giurisprudenza di legittimità su questi temi ha avuto ancora modo di ribadire, come vedremo in continuità con le posizioni già assunte negli anni precedenti, che gli obblighi di protezione datoriale cedono il passo solo di fronte alla sussistenza di ipotesi cd. di rischio elettivo, nonché di occuparsi della delimitazione del riparto degli oneri della prova tra datore e prestatore di lavoro, riaffermando l'insussistenza di un'ipotesi di responsabilità oggettiva datoriale, ed infine di indagare le forme di tutela apprestate ai lavoratori e agli eredi, nonché la responsabilità del

committente ai sensi dell'art. 2087 c.c., oltre che la rilevanza del consenso del prestatore ai fini della configurazione del concorso colposo.

Le brevissime notazioni compiute con riguardo alla norma innanzi citata fanno emergere con evidenza la illiceità del *mobbing* ovvero di quelle condotte datoriali, protratte nel tempo, aventi un intento persecutorio del lavoratore; si pensi ad un progressivo e del tutto ingiustificato svuotamento delle mansioni, in un clima di estrema tensione in azienda.

Il fondamento normativo della illegittimità delle condotte di *mobbing*, quindi, è anch'esso da ravvisare nell'obbligo datoriale di adottare, ai sensi dell'art. 2087 c.c., tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità psicofisica e la personalità morale del prestatore.

Se del *mobbing* la S.C. nell'anno 2018 si è interessata ribadendo i tratti delimitanti la figura, anche avuto riguardo a quella adiacente dello *straining*, nell'anno appena trascorso se ne è invece occupata con riguardo alla valutazione del tema del notorio in relazione alle condotte persecutorie datoriali. Sul tema, in particolare, il giudice di legittimità ha escluso che possano essere ricondotti alla nozione di fatto notorio quei fatti che per essere valutati necessitino di un accertamento e di competenze tecniche o scientifiche.

In consonanza con la previsione dell'art. 2087 c.c., e dunque con il doveroso rispetto della personalità morale e della stessa professionalità del lavoratore, l'art. 2103 c.c. disciplina l'esercizio del cd. *ius variandi*, ossia i limiti del potere datoriale di adibizione a mansioni differenti ed inferiori rispetto a quelle per le quali era stato assunto, limiti peraltro non più così stringenti in quanto dilatati a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2015 che ha novellato l'art. 2103 c.c.

La dequalificazione professionale va peraltro distinta dal *mobbing* perché nella prima, pur avendo il datore adibito il prestatore a mansioni inferiori, difetta la sussistenza di un intento persecutorio.

Ebbene, seppure con riguardo al testo anteriore al d.lgs. 81 del 2015, la S.C. ha avuto modo di soffermarsi sul demansionamento, indagando i limiti all'esercizio dello *ius variandi*, delimitandone i confini avuto riguardo alle ipotesi di sciopero, di riconversione o ristrutturazione aziendale, nonché di pattuizione convenzionale. Ha poi indagato plurime questioni attinenti al danno risarcibile ed ai criteri per la sua liquidazione, in particolare quanto all'utilizzo delle presunzioni ed alla possibilità di liquidazione equitativa.

Sul fronte opposto dello svolgimento di mansioni superiori, com'è noto, nell'impiego privato, il datore di lavoro ha l'obbligo (ed il prestatore il diritto), al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 2103 c.c., di inquadrare il lavoratore nella qualifica corrispondente allo svolgimento di mansioni effettivamente espletate, dopo che sia trascorso il periodo di tempo determinato dalla contrattazione collettiva o

dalla legge; in maniera asimmetrica, invece, nel pubblico impiego contrattualizzato, in cui, se spetta la maggior retribuzione, in armonia con i vincoli costituzionali, il legislatore ha però negato il diritto alla superiore qualifica. Tale ultimo principio è stato ribadito anche nel 2019 dalla S.C., che, poi, ha appuntato le proprie riflessioni sulla maturazione del diritto alla maggior retribuzione che compete anche se lo svolgimento di fatto di mansioni superiori è contrario al c.c.n.l., soffermandosi, poi sul concetto di “prevalenza”, utile a ritenere la maturazione del diritto alla maggior retribuzione ed infine sulla inapplicabilità dell’art. 2103 c.c. ai dirigenti del pubblico impiego.

Per l’evidente contiguità si sono poi di seguito esaminate le massime che si sono occupate di questioni di inquadramento o di riconoscimento di indennità connesse all’esercizio di una determinata funzione/mansione (es. indennità di cassa), oltre che del tratto distintivo tra la figura del redattore e quella del collaboratore fisso nell’impresa giornalistica ed infine sulla nozione di ufficio di corrispondenza estera.

Quanto al temperamento delle esigenze personali del lavoratore e di quelle aziendali, infine, va rilevato che il datore, a norma dell’art. 2103 c.c., che non è stato inciso dalla novella sotto questo profilo, può provvedere al trasferimento del prestatore, ma solo in presenza di comprovate ragioni tecniche, produttive ed organizzative.

Il *trend* di maggiore interesse in questo ambito è, ad ogni modo, quello segnato dalle pronunzie di legittimità che si occupano di verificare gli effetti del rifiuto del lavoratore di ottemperare al trasferimento, sulla scorta di un approfondimento già iniziato lo scorso anno.

Le riflessioni del giudice di legittimità sul tema si sono inoltre incentrate sulla libertà datoriale di operare lo spostamento dei lavoratori, purché nell’ambito della stessa unità produttiva, di cui, quindi, si è delineata la nozione, anche con riferimento alla attività del piazzista.

Il tema del trasferimento è stato poi valutato avuto riguardo alla posizione del lavoratore che assiste un familiare con *handicap*, sicché – per l’evidente affinità con la questione esaminata – si è anche dato atto dell’orientamento della S.C. sul tema più generale della scelta della sede di lavoro da parte del prestatore che assiste un familiare con grave disabilità.

Si sono quindi richiamate le pronunzie in materia di emolumenti retributivi in caso di trasferimento, nonché le modalità di calcolo del trattamento di fine rapporto (tfr) in relazione al personale direttivo delle aziende di credito.

Prima di dar conto di tutte le pronunzie della S.C. in tema di questioni retributive e tfr, si è posto l’accento sull’*actio finium regundorum* intrapresa ai fini di distinguere il lavoro autonomo da quello subordinato, in relazione alle professioni intellettuali e professionali, nelle quali l’assoggettamento alle altrui direttive non può

evidentemente segnare il discrimine, dovendosi piuttosto aver riguardo a criteri complementari e sussidiari, come la continuità delle prestazioni, l'osservanza di un orario, la retribuzioni a cadenze fisse, etc.

Alla prestazione lavorativa da eseguirsi nel cd. "tempo lavoro" ovvero nell'arco temporale in cui si estrinseca l'eterodirezione datoriale, sul piano sinallagmatico si contrappone, come in parte si è già anticipato, quella corrispettiva del datore: di erogazione della retribuzione, ivi compreso il tfr che matura in corso di rapporto, ma deve essere erogato solo alla cessazione (per qualsivoglia motivo) dello stesso. Ebbene, in relazione alle questioni retributive emergerà una sostanziale omogeneità nella linea tendenziale con riferimento alle pronunzie degli anni precedenti, sia con riguardo alla presunzione di onerosità della prestazione, che con riferimento alla delimitazione del riparto degli oneri della prova. Quanto a tale ultimo aspetto, si porrà in evidenza l'attenzione posta dal giudice di legittimità agli oneri di allegazione e prova nell'azione promossa ai sensi dell'art. 2126 c.c.

Ulteriore momento di riflessione per il giudice di legittimità sono state le questioni inerenti ai trattamenti economici per servizio estero, del socio lavoratore nelle cooperative e – per contiguità dei temi trattati – quella del computo dei soci lavoratori ai fini del requisito dimensionale.

Si sono poi passate in rassegna le pronunzie in tema di ferie, festività e riposi, nonché quelle inerenti il calcolo di tredicesima e quattordicesima nella contrattazione collettiva e, infine, quelle inerenti il tfr, incentrate sul momento di insorgenza del diritto, sulla individuazione del momento da cui far decorrere la prescrizione, oltre che sulle modalità di calcolo anche alla luce delle diverse previsioni della contrattazione collettiva.

L'anno appena trascorso ha visto l'attenzione dei giudici di legittimità appuntarsi inoltre sulla enucleazione delle ipotesi di responsabilità solidale del committente con l'appaltatore, nonché con il subfornitore, anche con riguardo alle ipotesi di fallimento dell'appaltatore, previa delimitazione della nozione di "trattamenti retributivi".

Nella dialettica del rapporto datore-lavoratore vanno poi ricordate una serie di pronunzie che riguardano i diritti sindacali, sia con riferimento al godimento degli stessi che viene collegato, nel lavoro privato, ma anche in quello pubblico, alla partecipazione delle organizzazioni sindacali alla stipula dei contratti, sia avuto riguardo alle modalità ed ai limiti di fruizione dei permessi, senza tacere l'orientamento espresso in tema di elisione della condotta antisindacale in caso di esaurimento della singola azione lesiva, che non preclude affatto l'ordine del giudice di cessazione del comportamento ove questo, alla stregua di una valutazione globale non limitata ai singoli episodi, risulti idoneo a protrarre i suoi effetti nel tempo.

Tra le condotte antisindacali, peraltro, viene espressamente annoverata quella datoriale di trattenimento dei contributi sindacali.

Verranno quindi esaminate le pronunzie della S.C. che hanno determinato un approfondimento delle questioni che attengono al recesso del lavoratore, dalle quali – ancora una volta – emerge, in un’ottica costituzionalmente orientata, l’attenzione della giurisprudenza alla parte debole del rapporto.

Nel dettaglio, la S.C. ha delimitato la nozione di incapacità naturale da valorizzare ai fini di ritenere l’annullabilità del negozio di dimissioni, nonché gli effetti ai fini retributivi/risarcitori per il caso di annullamento del recesso del lavoratore, questione rispetto alla quale, avuto riguardo alla individuazione del momento dal quale matura il diritto al risarcimento/retribuzione, permangono profili di contrasto nelle pronunzie del giudice di legittimità.

Infine, le pronunzie in tema di forma del recesso del lavoratore, ma anche del datore, in quest’ultimo caso con riferimento all’ipotesi in cui vi sia il raggiungimento del limite di età del prestatore.

2. Gli obblighi di protezione del datore di lavoro e la tutela delle condizioni di lavoro.

Grava sempre sull’imprenditore l’onere di valutare i rischi aziendali ed in conformità provvedere alla predisposizione di un ambiente di lavoro sicuro. **Sez. L, n. 16835/2019, Curcio, Rv. 654360-01**, ha riaffermato il principio anche avuto riguardo alle ipotesi di lavoro a tempo determinato, precisando che è sul datore che incombe aggiornare, oltre che predisporre il documento di valutazione dei rischi, in funzione dei mutamenti della organizzazione aziendale, dandone prova nel processo. Se detta prova è fornita, per converso spetterà al lavoratore allegare gli elementi dai quali desumere l’erronea valutazione del datore (sul rilievo del documento di valutazione dei rischi ai fini della legittima apposizione del termine al contratto di lavoro, v. capitolo sul lavoro flessibile, par. 3.7.).

2.1. Il limite del rischio cd. elettivo.

Allo scopo di delimitare l’ambito applicativo degli obblighi di protezione del datore nei confronti del lavoratore, **Sez. L, n. 07649/2019, Ghinoy, Rv. 653410-02**, ha ribadito che il rischio elettivo delimita l’ambito della tutela assicurativa ed è riferito al comportamento del lavoratore che si connota per il simultaneo concorso dei seguenti elementi: a) presenza di un atto volontario ed arbitrario, ossia illogico ed estraneo alle finalità produttive; b) direzione di tale atto alla soddisfazione di impulsi meramente personali; c) mancanza di nesso di derivazione con lo svolgimento dell’attività lavorativa. In applicazione di tali principi, la S.C. ha dunque ritenuto indennizzabile l’infortunio occorso ad un lavoratore che, anziché seguire il percorso usuale per ispezionare le valvole di alcune vasche, si era introdotto all’interno di un

cantiere non appartenente alla società datrice, dal quale le valvole potevano comunque essere verificate, non essendo stato frapposto dal datore alcun impedimento e, mentre le stava esaminando, era caduto in una cisterna.

La delimitazione dell'area del rischio elettivo così operata si pone in perfetta consonanza con gli orientamenti espressi sul tema dalla giurisprudenza di legittimità, basti ricordare che Sez. L, n. 16026/2018, Bellè, Rv. 649356-02, e ancor prima Sez. L, n. 00798/2017, Manna A., Rv. 642508-02, avevano già affermato che il datore di lavoro è tenuto a prevenire anche le condizioni di rischio insite nella possibile negligenza, imprudenza o imperizia del lavoratore, mettendo in atto a tal fine ogni mezzo preventivo idoneo, con l'unico limite del cd. rischio elettivo, da intendere come condotta personalissima, abnorme del dipendente, intrapresa volontariamente e per motivazioni personali, al di fuori delle attività lavorative ed in modo da interrompere il nesso eziologico tra la prestazione e attività assicurata.

In perfetta armonia con i principi innanzi tracciati, con riferimento alla responsabilità del datore, ai sensi dell'art. 2087 c.c., in caso di utilizzo autorizzato del mezzo proprio da parte del dipendente, **Sez. L, n. 25689/2019, Pagetta, Rv. 655483-01**, ha ritenuto che, se il dipendente incorre in un infortunio lavorativo connesso alla conduzione del mezzo, il datore non è esonerato dalla responsabilità *ex art. 2087 c.c.*, ove tale infortunio possa essere messo in relazione causale con lo specifico rischio creato, in relazione alla conduzione del mezzo, da disposizioni datoriali relative alle modalità di esecuzione della prestazione.

2.1.1.L'esclusione della configurabilità del consenso del dipendente quale concorso colposo.

Ai fini della delimitazione della responsabilità datoriale, *recte* ai fini della affermazione dell'ampiezza della stessa, val la pena ricordare anche quanto la Cassazione nell'anno in corso ha avuto modo di puntualizzare con riferimento alla rilevanza del consenso del prestatore.

Sul punto, con riferimento al tema dell'orario di lavoro, **Sez. L, n. 12538/2019, Cinque, Rv. 653761-01**, ha statuito che la prestazione lavorativa "eccedente", che supera di gran lunga i limiti previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva e si protrae per diversi anni, cagiona al lavoratore un danno da usura psico-fisica, dovendo escludersi che la mera disponibilità alla prestazione lavorativa straordinaria possa integrare un "concorso colposo", poiché, a fronte di un obbligo *ex art. 2087 c.c.* per il datore di lavoro di tutelare l'integrità psico-fisica e la personalità morale del lavoratore, la volontarietà di quest'ultimo, ravvisabile nella predetta disponibilità, non può connettersi causalmente all'evento, rappresentando una esposizione a rischio non idonea a determinare un concorso giuridicamente rilevante.

2.1.2. Il concorso colposo del lavoratore.

In materia di infortuni sul lavoro, al di fuori dei casi di rischio elettivo, la responsabilità datoriale non è esclusa qualora ricorrano comportamenti colposi del lavoratore, trovando applicazione l'art. 1227, comma 1, del c.c.

Tuttavia, **Sez. L, n. 30679/2019, Bellé, Rv. 655882-01** ha precisato che la condotta incauta del lavoratore non comporta un concorso idoneo a ridurre la misura del risarcimento ogni volta che l'infortunio si sia realizzato per l'osservanza di specifiche disposizioni datoriali che impongano colpevolmente al prestatore di affrontare il rischio o quando l'imprenditore abbia impostato tutta la lavorazione sulla base di disposizioni illegali o gravemente contrarie ad ogni regola di prudenza o, infine, quando l'imprudenza del lavoratore era *ex ante* prevedibile ed evitabile dal datore attraverso l'adozione di cautele tipiche o atipiche.

Se l'infortunio è scaturito dall'inosservanza di doveri formativi ed informativi del datore, il cui assolvimento avrebbe reso altamente improbabile l'adozione da parte del lavoratore del comportamento che ha provocato il sinistro, l'ignoranza di dette circostanze formative ed informative non può essere addossata al lavoratore e non può fondare colpa idonea a concorrere con l'inadempimento datoriale in modo da ridurre la misura del risarcimento del danno, segnala altresì il giudice di legittimità nella medesima pronuncia.

2.1.3. Il danno cd. differenziale da infortunio sul lavoro e l'indennizzo ex art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000. Modalità di computo del risarcimento del danno e *compensatio lucri cum damno*.

In tema di danno cd. differenziale, la diversità strutturale e funzionale tra l'erogazione Inail ex art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000 ed il risarcimento del danno secondo i criteri civilistici non consente di ritenere che le somme versate dall'istituto assicuratore possano considerarsi integralmente soddisfattive del pregiudizio subito dal soggetto infortunato o ammalato, con la conseguenza che il giudice di merito, dopo aver liquidato il danno civilistico, deve procedere alla comparazione di tale danno con l'indennizzo erogato dall'Inail secondo il criterio delle poste omogenee, tenendo presente che detto indennizzo ristora unicamente il danno biologico permanente e non gli altri pregiudizi che compongono la nozione pur unitaria di danno non patrimoniale.

Conseguentemente, ai fini della comparazione, occorre dapprima distinguere il danno non patrimoniale dal danno patrimoniale, comparando quest'ultimo alla quota Inail rapportata alla retribuzione e alla capacità lavorativa specifica dell'assicurato, successivamente, con riferimento al danno non patrimoniale, dall'importo liquidato a titolo di danno civilistico vanno espunte le voci escluse dalla copertura assicurativa

(danno morale e danno biologico temporaneo) per poi detrarre dall'importo così ricavato il valore capitale della sola quota della rendita Inail destinata a ristorare il danno biologico permanente.

In applicazione dei principi sopramenzionati, espressi in **Sez. L, n. 09112/2019, Boghetich, Rv. 653452-01**, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che, pur accogliendo il criterio della comparazione tra poste omogenee, non aveva liquidato il danno per invalidità temporanea ed aveva calcolato il danno differenziale detraendo il valore della rendita dall'importo-base spettante a titolo di danno biologico, senza riconoscere la maggiorazione dovuta alla personalizzazione del danno stesso.

Più in generale, quanto alle modalità di commisurazione del risarcimento del danno da infortuni sul lavoro, ponendosi in scia con Sez. U, n. 12565/2018, Giusti, Rv. 648648-01, **Sez. L, n. 06269/2019, Patti, Rv. 653182-01**, ha ritenuto che il danno da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto (nella specie rendita Inail, pensione privilegiata ed incentivo all'esodo agevolato), in quanto tale indennità è erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dall'assicurato in conseguenza del verificarsi dell'evento dannoso ed essa soddisfa, neutralizzandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità del terzo autore del fatto illecito.

2.2. Il riparto degli oneri della prova.

La S.C. nel corso dell'anno 2019 ha inoltre nuovamente affrontato il tema del riparto degli oneri della prova in tema di responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c., negando che essa costituisca una ipotesi di responsabilità oggettiva, ponendosi in linea di continuità con il proprio consolidato orientamento.

Sez. L, n. 14066/2019, Patti, Rv. 653969-01, ha infatti ricordato che la responsabilità dell'imprenditore, ai sensi dell'art. 2087 c.c., non è oggettiva, ma si fonda sulla violazione di obblighi di comportamento, a protezione della salute del lavoratore, imposti da fonti legali o suggeriti dalla tecnica, purché concretamente individuati. Alla luce di tale premessa, il giudice di legittimità ha quindi escluso la possibilità di ricavare dalla norma citata l'obbligo del datore di adottare ogni cautela possibile ed innominata, non potendosi esigere la predisposizione di misure idonee a prevenire ogni evento lesivo. Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che, senza individuare la concreta e specifica regola prudenziale violata, aveva ritenuto la responsabilità del datore per le lesioni occorse alla dipendente

scivolata e caduta sul pavimento in corso di pulizia, nonostante la predisposizione di apposite segnalazioni da parte dell'impresa appaltatrice.

Del resto, qualche mese prima, anche **Sez. L, n. 08911/2019, Marotta, Rv. 653217-01**, aveva, in assoluta consonanza, ritenuto che la responsabilità dell'imprenditore per inadempimento dell'obbligo di prevenzione di cui all'art. 2087 c.c. non è una responsabilità oggettiva, ma colposa, dovendosi valutare il difetto di diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire i danni per i lavoratori in relazione alle attività lavorative svolte, non potendosi erigere la predisposizione di misure idonee a fronteggiare ogni infortunio, anche quelle imprevedibili. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza della corte territoriale che aveva ritenuto la responsabilità datoriale, ai sensi dell'art. 2087 c.c., per la predisposizione di equipaggi cd. misti sui treni e, di conseguenza, aveva ritenuto legittimo il rifiuto del macchinista di condurre il treno senza la presenza in cabina di un secondo agente abilitato alla condotta.

Il principio innanzi enunciato, come si è già accennato, si pone sulla corposa e solida traccia di numerosi precedenti giurisprudenziali, tra i più recenti dei quali possiamo ricordare Sez. L, n. 02038/2013, Arienzo, Rv. 624863-01; Sez. L, n. 18626/2013, Napoletano, Rv. 628377-01; Sez. L, n. 02209/2016, Esposito, Rv. 638608-01; Sez. L, n. 24742/2018, De Gregorio, Rv. 650725-01.

Insomma, sulla scorta delle pronunzie richiamate, il pensiero della Cassazione può così essere sintetizzato: l'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, perché la responsabilità del datore è di natura contrattuale e va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento.

E' evidente, quindi, sulla scorta di quanto si è innanzi detto, che in tema di obbligo di sicurezza sui luoghi di lavoro, il rispetto delle norme antinfortunistiche di cui agli artt. 47 e 48 del d.P.R. n. 626 del 1994, e dell'allegato VI a tale decreto, non esonera affatto il datore di lavoro dall'onere di provare di aver adottato, specie nell'organizzazione del lavoro, tutte le altre cautele necessarie ad impedire il verificarsi dell'evento, dettate dalla specificità del caso concreto.

In particolare, ricorda **Sez. L, n. 24629/2019, Berrino, Rv. 655134-01**, con riferimento alla figura dell'apprendista, come il datore debba adoperarsi per fornirgli tutte le informazioni, le istruzioni e la formazione necessarie sui rischi nelle lavorazioni. Detto dovere, peraltro, precisa la S.C. si atteggia, nel caso di specie, in maniera particolarmente intensa, in considerazione della giovane età dei lavoratori, professionalmente inesperti, verso i quali la legge pone precisi obblighi di formazione e addestramento, tra i quali primeggia l'educazione alla sicurezza del lavoro a norma dell'art. 11 della l. n. 11 del 1955.

Se è vero che la responsabilità del datore non è oggettiva, ma connessa alla violazione degli obblighi di prevenzione, è pure vero e va sottolineato che incombe sul lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare, oltre all'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'uno e l'altra. Solo se il lavoratore avrà fornito tale prova, il datore dovrà a sua volta dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e/o che quella che la malattia del dipendente non è ricollegabile alla inosservanza degli obblighi di protezione.

Sul punto, nell'anno in corso, il principio è stato nuovamente affermato da **Sez. L, n. 28516/2019, Blasutto, Rv. 655608-01**, secondo la quale la prova della responsabilità datoriale, ai sensi dell'art. 2087 c.c., richiede l'allegazione da parte del lavoratore sia dei concreti fattori di rischio, cd. indici di nocività dell'ambiente, cui è esposto, sia del nesso eziologico tra la violazione degli obblighi di prevenzione ed i danni. La carenza di tali allegazioni da parte del prestatore ha determinato la S.C. a confermare la sentenza di merito di rigetto della domanda risarcitoria del dipendente ferroviario che aveva dedotto di essere stato colto da un infarto in conseguenza di un'aggressione da parte di terzi subita sul treno su cui prestava servizio, senza tuttavia allegare i fattori concreti di rischio cui il datore lo aveva lasciato esposto.

La pronuncia appena ricordata si pone anch'essa in consonanza con l'orientamento del giudice di legittimità che appare consolidato sul punto, basti ricordare Sez. L, n. 26495/2018, Marchese, Rv. 651196-01, che pure sottolinea come l'art. 2087 c.c. non configuri un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro – di natura contrattuale – va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento, sicché è sul lavoratore che lamenti di avere subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, che grava l'onere di provare, oltre all'esistenza di tale danno, la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso tra l'una e l'altra, e solo se il lavoratore abbia fornito tale prova sussiste per il datore di lavoro l'onere di dimostrare di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e che la malattia del dipendente non è ricollegabile alla inosservanza di tali obblighi.

Deve peraltro segnalarsi e sottolinearsi come sul tema in esame vi sia una sinergia delle sezioni della Corte che si muovono all'unisono verso la medesima direzione.

Nello stesso senso, infatti, si è pronunciata Sez. 3, n. 208889/2018, Travaglino, Rv. 650436-01, affermando, con riferimento a una controversia relativa ai danni patiti da un lavoratore in conseguenza di un'infezione contratta per causa di servizio, che, ove sia stata accertata in sede di equo indennizzo la derivazione causale della patologia dall'ambiente di lavoro, e tale accertamento venga ritenuto utilizzabile dal giudice di merito, opera a favore del lavoratore l'inversione dell'onere della prova

prevista dall'art. 2087 c.c., di modo che grava sul datore di lavoro la dimostrazione di aver adottato tutte le cautele necessarie per impedire il verificarsi dell'evento dannoso. In sintonia con i principi richiamati, si era peraltro già espressa, sempre con riguardo ad una infezione contratta da un medico per causa di servizio e specificamente a cagione dell'ambiente di lavoro, Sez. L, n. 17017/2007, D'Agostino, Rv. 59964-01.

In tema di deduzione di fatti compatibili con la fattispecie di cui all'art. 2087 c.c. va altresì rammentata, **Sez. L, n. 21333/2019, Cinque, Rv. 655001-01**, sebbene essa riguardi maggiormente le questioni processuali ed in particolare i poteri del giudice di riqualificazione officiosa della domanda. Nella pronunzia si afferma infatti che le condotte poste a sostegno dell'azione risarcitoria, astrattamente compatibili con la fattispecie di cui all'art. 2087 c.c., possono essere ricondotte – anche in sede di appello – entro il paradigma dell'art. 2043 c.c., purché tale diverso inquadramento abbia ad oggetto i fatti prospettati dalle parti, non potendo l'esercizio di qualificazione giuridica comportare la modifica officiosa della domanda, soprattutto nel caso di diritti eterodeterminati (quali appunto i diritti di credito per risarcimento del danno), per la cui individuazione è indispensabile il riferimento ai fatti costitutivi allegati, che specificano la *causa petendi*.

Nella delimitazione degli obblighi di sicurezza datoriali, poi, **Sez. L, n. 16749/2019, Ponterio, Rv. 654359-01**, con riferimento alla tutela delle condizioni di igiene e sicurezza dei luoghi di lavoro, con specifico riguardo ad una fattispecie relativa agli addetti alla raccolta ed allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, ha puntualizzato che la nozione legale di dispositivi di protezione individuale (D.P.I.) non deve essere intesa come limitata alle attrezzature appositamente create e commercializzate per la protezione di specifici rischi alla salute in base a caratteristiche tecniche certificate, ma va riferita a qualsiasi attrezzatura, complemento o accessorio che possa in concreto costituire una barriera protettiva rispetto a qualsiasi rischio per la salute e la sicurezza del lavoratore, in conformità con l'art. 2087 c.c. In armonia con la premessa, ha quindi ritenuto la configurabilità a carico del datore di lavoro di un obbligo di continua fornitura e di mantenimento in stato di efficienza degli indumenti di lavoro utilizzati dagli addetti alla raccolta e allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani ed inquadrabili in detta categoria.

2.2.1. La responsabilità del committente, ai sensi dell'art. 2087 c.c.

La giurisprudenza di legittimità ha altresì evidenziato come l'avvalersi di appaltatori non può essere l'espediente per esonerarsi da responsabilità.

Sez. L, n. 05419/2019, Boghetich, Rv. 652918-01, rileva che, ai sensi dell'art. 2087 c.c. e dell'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994, vigente *ratione temporis*, il committente,

nella cui disponibilità permanga l'ambiente di lavoro, è obbligato ad adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità e la salute dei lavoratori, ancorché dipendenti dell'impresa appaltatrice, e che consistono nel fornire adeguata informazione ai singoli lavoratori, circa le situazioni di rischio, nel predisporre quanto necessario a garantire la sicurezza degli impianti e nel cooperare con l'appaltatore nell'attuazione degli strumenti di protezione e prevenzione dei rischi connessi sia al luogo di lavoro, sia all'attività appaltata. Nella specie, il giudice di legittimità ha confermato la decisione di merito che, in presenza di un infortunio occorso ad una operaia addetta alle pulizie a causa dello sganciamento di un braccio metallico in movimento, ha ritenuto la società committente responsabile per l'omesso blocco dei nastri trasportatori prima dell'inizio del servizio di pulizia.

Sul tema, peraltro, la S.C. aveva avuto già modo di pronunciarsi (si veda Sez. L, n. 00798/2017, Manna A., Rv. 642508-01), ritenendo analogamente, che il committente, nella cui disponibilità permanga l'ambiente di lavoro, è obbligato ad adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità e la salute dei lavoratori, ancorché dipendenti dell'impresa appaltatrice, e che consistono nel fornire adeguata informazione ai singoli lavoratori circa le situazioni di rischio, nel predisporre quanto necessario a garantire la sicurezza degli impianti e nel cooperare con l'appaltatrice nell'attuazione degli strumenti di protezione e prevenzione dei rischi connessi sia al luogo di lavoro sia all'attività appaltata.

Sull'impossibilità di delegare ad altri le funzioni di prevenzione e protezione in ambito lavorativo, si veda anche **Sez. 6 - 3, n. 12753/2019, Cirillo F., Rv. 653901-01**, che, in tema di obbligo di sicurezza sui luoghi di lavoro, dopo aver nuovamente ribadito che il rispetto delle norme antinfortunistiche di cui agli artt. 47 e 48 del d.lgs. n. 626 del 1994 e dell'allegato VI a tale decreto non è sufficiente ad escludere la responsabilità del datore di lavoro, poiché su questi grava l'onere di provare di aver adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi dell'evento avuto riguardo all'assetto organizzativo del lavoro, puntualizza e precisa che la responsabilità del datore nemmeno viene meno per il fatto che le funzioni di prevenzione e protezione siano state delegate ad un soggetto diverso. In applicazione del principio, la S.C. ha dunque cassato la sentenza che aveva respinto la domanda risarcitoria del lavoratore infortunato sulla base del fatto che era stata dimostrata la consegna dei dispositivi di protezione ai dipendenti e che nessuna omissione di controllo potesse essere imputata al datore di lavoro, per avere quest'ultimo delegato tale attività ad un preposto.

2.2.2. Obblighi e responsabilità datoriali in caso di maternità della lavoratrice.

La particolare delicatezza della posizione della lavoratrice in maternità implementa la posizione di garanzia del datore di ulteriori obblighi di protezione, rivolti oltre che a tutela dell'integrità psicofisica della prestatrice, anche di quella del nascituro.

Sez. L, n. 18810/2019, Bellè, Rv. 654489-01, ha affrontato il delicato tema della astensione anticipata per maternità, affermando che la necessità della lavoratrice di astenersi dal lavoro per la pericolosità dello stesso dipende da fattori oggettivi, che impongono di provvedere in tal senso, anche d'ufficio, nel corso dell'attività di vigilanza, senza che sia necessaria una iniziativa della lavoratrice. Del resto, prosegue la S.C., il lavoro, in assenza di tali e più gravi presupposti e nei limiti della cd. astensione obbligatoria, può legittimamente essere proseguito, senza che ciò esima però il datore dal consentire di svolgere la prestazione secondo modalità coerenti con la condizione della donna e ciò per evidenti ragioni di tutela della dignità della lavoratrice in gravidanza, avuto riguardo alle previsioni di cui agli artt. 2, 31, comma 2, e 35 della Carta costituzionale.

2.3. La tutela dei lavoratori e degli eredi. La decorrenza del termine di prescrizione.

In relazione al danno non patrimoniale risarcibile, ai criteri di prova ed al *quantum* dello stesso, si è affermato che, in caso di decesso di un lavoratore a seguito di infortunio sul lavoro, il danno subito dalla vittima, nell'ipotesi in cui la morte sopravvenga dopo apprezzabile lasso di tempo dall'evento lesivo, è configurabile e trasmissibile agli eredi nella duplice componente di danno biologico "terminale", cioè di danno biologico da invalidità temporanea assoluta, e di danno morale consistente nella sofferenza patita dal danneggiato che lucidamente e coscientemente assiste allo spegnersi della propria vita; la liquidazione equitativa del danno in questione va effettuata commisurando la componente del danno biologico all'indennizzo da invalidità temporanea assoluta e valutando la componente morale del danno non patrimoniale mediante una personalizzazione che tenga conto dell'entità e dell'intensità delle conseguenze derivanti dalla lesione della salute in vista del prevedibile *exitus*. Nella specie, **Sez. L, n. 17577/2019, Patti, Rv. 654381-01**, ha confermato la decisione dei giudici di merito che – accertata la responsabilità del datore per la malattia professionale sofferta dal prestatore in seguito ad esposizione all'amianto – avevano utilizzato un criterio equitativo basato sul valore tabellare giornaliero della totale inabilità temporanea, incrementato per la personalizzazione

dovuta alle circostanze del caso concreto, avuto riguardo alla evoluzione della patologia e al grado di sofferenza patita dalla vittima.

Sul concetto di “apprezzabile lasso di tempo”, utile a ritenere consolidato il danno cd. terminale, deve rammentarsi **Sez. 3, n. 18056/2019, Rossetti, Rv. 654378-01**, che lo fissa nel termine di ventiquattro ore. Dunque, ritiene la S.C., il danno biologico terminale è configurabile, e trasmissibile *iure successionis*, ove la persona ferita non muoia immediatamente, sopravvivendo per almeno ventiquattro ore, tale essendo la durata minima, per convenzione legale, ai fini dell’apprezzabilità dell’invalidità temporanea, irrilevante, invece, che la vittima sia rimasta cosciente.

Connesso al tema che qui si sta esaminando è anche l’operata affermazione da parte del giudice di legittimità (cfr. **Sez. L, n. 18884/2019, Ponterio, Rv. 654492-01**) che la mancata fruizione del riposo giornaliero e settimanale, in assenza di previsioni legittimanti la scelta datoriale, è fonte di danno non patrimoniale che deve essere presunto, perché l’interesse del prestatore leso dall’inadempimento e dalla violazione dell’art. 2087 c.c. da parte del datore ha una diretta copertura costituzionale nell’art. 36 Cost., sicché la lesione del predetto interesse espone direttamente il datore alle pretese risarcitorie (cfr. anche *infra* par. 9.7.).

Quanto alla individuazione del termine da cui decorre la prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, sia che si tratti di una ipotesi di violazione degli obblighi di protezione o della diversa ipotesi di demansionamento, l’ultima pronunzia sul tema risulta Sez. L, n. 09318/2018, Pagetta, Rv. 648725-01, che ha distinto l’illecito istantaneo, caratterizzato da un’azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, ipotesi in cui la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione del danno, dall’illecito permanente in cui, protraendosi la verifica dell’evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa.

Nel corso del 2019 del tema della prescrizione relativamente al diritto al risarcimento del danno conseguente a una malattia causata al dipendente, nell’espletamento dell’attività professionale, dal comportamento colposo del datore di lavoro, si è occupata **Sez. 1, 24586/2019, Mercolino, Rv. 655337-01**, affermando che essa decorre non dal momento in cui l’origine professionale della malattia è conosciuta, ma da quello in cui l’origine professionale della malattia può ritenersi conoscibile dal danneggiato, indipendentemente dalle valutazioni soggettive dello stesso.

2.4. La clausola della buona fede anche *a latere praestatoris*.

La buona fede, si è visto, è clausola che presidia ogni rapporto contrattuale e dunque anche lo svolgimento della prestazione da parte del lavoratore.

Al riguardo, in relazione al caso in cui il lavoratore svolga altra attività lavorativa durante lo stato di malattia, si è affermato che detta ipotesi configura la violazione degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, nonché dei doveri generali di correttezza e buona fede, non solo quando tale attività esterna sia, di per sé, sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, ma anche nel caso in cui la medesima attività, valutata con giudizio *ex ante* in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, possa pregiudicare o ritardare la guarigione o il rientro in servizio.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha quindi confermato la decisione di merito, che aveva ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore – addetto al lavaggio di automezzi – perché, nel periodo di malattia conseguente a “dolenza alla spalla destra determinata da un lipoma”, aveva svolto presso un cantiere attività di sbancamento di terreno con mezzi meccanici e manuali (si veda in tal senso Sez. L, n. 26496/2018, Marchese, Rv. 65090001, conforme a Sez. L, n. 10416/2017, Leo, Rv. 64403701).

Non si pone in contrasto con questo orientamento, ma lo conferma *a contrario*, **Sez. L, n. 03655/2019, Balestrieri, Rv. 652870-01**, puntualizzando che in tema di licenziamento individuale per giusta causa, l'insussistenza del fatto contestato, che rende applicabile la tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18, comma 4, st. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della l. n. 92 del 2012, comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, come nell'ipotesi del dipendente che, durante il periodo di assenza per malattia, svolga un'altra attività lavorativa, ma senza che ciò determini, per le sue concrete modalità di svolgimento, alcun rischio di aggravamento della patologia né alcun ritardo nella ripresa del lavoro, e dunque senza violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto (v. comunque sul punto il capitolo sul licenziamento, par. 2.16).

3. Il mobbing e lo straining.

Come si è anticipato in premessa, l'obbligo di protezione di cui all'art. 2087 c.c. fonda anche il divieto di comportamenti lesivi della personalità morale (oltre che della integrità fisica) dei lavoratori e dunque anche dei comportamenti *mobbizianti*, ovvero quei comportamenti datoriali protratti nel tempo, con intento persecutorio del lavoratore.

Quanto alla definizione della figura, restano fermi i tratti distintivi delineati da Sez. L, n. 12437/2018, Patti, Rv. 648956-01, e da Sez. L, n. 26684/2017, Di Paolantonio, Rv. 646150-01.

Dalle sopraindicate pronunzie emerge che è configurabile il *mobbing* lavorativo ove ricorra l'elemento obiettivo, integrato da una pluralità di comportamenti del datore di lavoro, e quello soggettivo dell'intendimento persecutorio del datore medesimo, confermando, dunque, la decisione di merito che aveva ravvisato entrambi gli elementi, individuabili, il primo, nello svuotamento progressivo delle mansioni della lavoratrice e, il secondo, nell'atteggiamento afflittivo del datore di lavoro, all'interno di un procurato clima di estrema tensione in azienda. La seconda delle due decisioni innanzi indicate valorizza poi proprio la presenza dell'intento persecutorio, quale elemento qualificante del fenomeno ed unificatore delle condotte datoriali.

Ebbene, così definito il *mobbing*, il giudice di legittimità ha poi tratteggiato l'*actio finium regundorum*, tra la figura in esame e lo *straining*.

In tema, Sez. L, n. 18164/2018, Marotta, Rv. 64981701 – in linea di continuità con l'attività di delimitazione delle due figure inaugurata con Sez. L, n. 03291/2016, Tria, Rv. 639004-01 – ha evidenziato che lo *straining* è una forma attenuata di *mobbing*, cui difetta la continuità delle azioni vessatorie, sicché la prospettazione solo in appello di tale fenomeno, se nel ricorso di primo grado gli stessi fatti erano stati allegati e qualificati *mobbing*, non integra la violazione dell'art. 112 c.p.c., costituendo entrambi comportamenti datoriali ostili, atti ad incidere sul diritto alla salute.

Dunque, secondo quanto affermato dal giudice di legittimità nella sopraindicata pronunzia, il *mobbing* e lo *straining* condividono la stessa natura, pur essendo il primo caratterizzato da una continuità nelle azioni vessatorie che manca nel secondo.

Tanto premesso, nel corso del 2019, del *mobbing* la S.C. si è interessata avuto riguardo ad una ipotesi in cui il giudice di merito aveva respinto la domanda di risarcimento, sul presupposto che sia notorio che il soggetto affetto da malattia psichica non possa percepire la realtà dei rapporti interpersonali con conseguente impossibilità, per il datore di lavoro, di evitare la causazione del danno. Il giudice di legittimità non ha condiviso le valutazioni effettuate dal giudice di merito con particolare riferimento alla nozione di notorio e dunque ne ha cassato con rinvio la decisione, affermando che nelle nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza di cui all'art. 115, comma 2, c.p.c. sono escluse quelle valutazioni che, per essere formulate, necessitano di un apprezzamento tecnico, da eseguirsi a mezzo c.t.u. o attraverso mezzi cognitivi peritali analoghi per le quali, quindi, non può parlarsi di fatti o regole di esperienza pacificamente acquisite al patrimonio conoscitivo dell'uomo medio o della collettività con un grado di certezza da apparire indubitabile e incontestabile (si veda **Sez. L, n. 15159/2019, Bellè, Rv. 654102-01**).

4. *Ius variandi* e demansionamento.

L'art. 2103 c.c. novellato ha ampliato i poteri datoriali in ordine allo *ius variandi*, prevedendo, fermo restando il trattamento retributivo e l'inquadramento, la possibilità di destinare il prestatore a mansioni inferiori: 1) in caso di modifica degli assetti aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore; 2) di espressa previsione nella contrattazione collettiva.

E' poi prevista la possibilità di stipula di un patto cd. di demansionamento (accordo individuale di modifica di categoria legale, inquadramento e retribuzione) se funzionalizzato alla conservazione del posto di lavoro, alla acquisizione di diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita del lavoratore.

Infine, va ricordato che in virtù delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 81 del 2015 è attribuita all'imprenditore la facoltà di modificare unilateralmente le mansioni, purché le nuove siano riconducibili allo stesso livello e categoria legale.

Permane, a pena di nullità dell'assegnazione alle nuove mansioni, l'obbligo formativo del lavoratore, ancor più pregnante con riguardo alla figura degli apprendisti.

Nonostante le corpose novità in tema di demansionamento, la Cassazione, nel corso di quest'anno non ha ancora avuto modo di pronunciarsi su di esse.

4.1. I limiti all'esercizio dello *ius variandi*.

Il giudice di legittimità, come si è anticipato, ha ulteriormente delimitato e profilato i limiti dello *ius variandi*, ma sempre con riferimento a fattispecie disciplinate dall'art. 2103 c.c. nella versione anteriore alle novelle apportate dall'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2015.

In **Sez. L, n. 08910/2019, Curcio, Rv. 653216-01**, a tal riguardo, si è statuito che, ai fini della verifica del legittimo esercizio dello *ius variandi* datoriale, l'attività prevalente ed assorbente svolta dal lavoratore deve rientrare tra quelle previste dalla categoria di appartenenza, ma il lavoratore, per motivate e contingenti esigenze aziendali, può essere anche adibito occasionalmente a compiti inferiori, purché marginali, rispetto a quelli propri del suo livello. In applicazione di detto principio, ha dunque confermato la decisione del giudice di merito che aveva ritenuto illegittima la pretesa datoriale di far svolgere alle dipendenti inquadrare nel quinto livello del c.c.n.l. commercio, in qualità di addette alla vendita, mansioni inferiori di pulizia, perché effettuate non in via occasionale, ma in maniera programmata, secondo un turno aziendale, denotante, quindi, una carenza strutturale dell'organico.

Con riferimento, poi, al caso in cui l'assegnazione a mansioni inferiori avvenga durante lo sciopero proclamato dalle organizzazioni sindacali di categoria, **Sez. L, n. 08670/2019, Blasutto, Rv. 653214-01**, in simmetria con la decisione innanzi

ricordata, ha ritenuto che deve escludersi il carattere antisindacale della condotta del datore di lavoro che assegni il personale rimasto in servizio a mansioni inferiori, ma solo se queste sono marginali, accessorie e complementari rispetto a quelle normalmente svolte. In caso contrario, se dunque sono da svolgersi in via principale, la condotta datoriale, oltre ad essere lesiva dei diritti del prestatore, lo è altresì rispetto all'interesse collettivo del sindacato per aver fatto ricadere sui lavoratori non scioperanti le conseguenze negative dell'astensione con il compimento di atti illegittimi perché in violazione dell'art. 2103 c.c. La fattispecie analizzata dalla S.C. concerneva una ipotesi di sciopero del personale di esazione dipendente della società Autostrade per l'Italia s.p.a. e – nella specie – il giudice di legittimità ha escluso l'antisindacalità della condotta datoriale consistita nell'adibire il responsabile dell'esazione alla funzione di apertura/chiusura delle porte manuali e nel demandare ai gestori di tratta l'intervento sulle piste in caso di malfunzionamento dei sistemi di pagamento elettronici, trattandosi di interventi sporadici ed occasionali.

Quanto al patto di demansionamento del pari va segnalato, come già anticipato, che l'unica decisione che si occupa di detto istituto è anch'essa relativa ad una fattispecie disciplinata dall'art. 2103 c.c. nella formulazione previgente.

Nella pronunzia si afferma che il patto di demansionamento è legittimo, pur anteriormente alla riformulazione dell'art. 2103 c.c., in presenza, però, di condizioni tali da legittimare il licenziamento del lavoratore in mancanza di accordo, purché il consenso sia stato espresso liberamente, sebbene in forma tacita ma attraverso fatti univocamente attestanti la volontà del lavoratore di aderire alla modifica *in peius* delle mansioni. Nello specifico, in applicazione di detto principio **Sez. L, n. 05621/2019, Marotta, Rv. 652922-01**, ha ritenuto incensurabile la valutazione effettuata dal giudice di merito che, nel percorso motivazionale, al fine di ritenere la validità del patto, aveva valorizzato la circostanza che il prestatore aveva assunto le nuove mansioni senza contestazioni.

4.2.1. L'adibizione a mansioni inferiori in caso di riconversione o ristrutturazione aziendale.

L'art. 2103 c.c. sulla disciplina delle mansioni e sul divieto di declassamento va interpretato, ricorda il giudice di legittimità in **Sez. L, n. 29626/2019, Raimondi, Rv. 655715-01**, alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente con quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra l'altro, interventi di ristrutturazione aziendale, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, anche inferiori, a quelle precedentemente svolte senza modifica del livello retributivo, non

si pone in contrasto con il dettato del codice civile. In tal senso, peraltro, si era già espressa Sez. L, n. 11395/2014, De Renzis, Rv. 630913-01, già in conformità all'orientamento espresso in Sez. L, n. 08956/2007, Vidiri, Rv. 596139-01.

4.2.2. Demansionamento e *repechage* (rinvio).

Sul tema si ricorda **Sez. L, n. 29099/2019, Patti, Rv. 655704-01**, per la cui trattazione si rinvia al capitolo dedicato al licenziamento, par. 2.7.

4.2.3. Demansionamento: la responsabilità del cessionario.

Si occupa della responsabilità per il caso di demansionamento nei rapporti tra cedente e cessionario, **Sez. L, n. 21161/2019, Amendola F., Rv. 654808-01**, con riguardo all'ipotesi in cui sia stata accertata giudizialmente l'invalidità del trasferimento. In questo caso, scrive il giudice di legittimità, il rapporto di lavoro permane con il cedente, ma se ne instaura anche, in via di fatto, uno nuovo e diverso con il soggetto "cessionario", alle cui dipendenze il lavoratore materialmente continua a lavorare. Dalla instaurazione di fatto di tale rapporto lavorativo generano naturalmente effetti giuridici e, in particolare, per quello che qui interessa, la nascita degli obblighi gravanti su qualsiasi datore di lavoro che utilizzi la prestazione lavorativa nell'ambito della propria organizzazione imprenditoriale. Se, dunque, il "cessionario" pone in essere nell'ambito di detto nuovo rapporto un demansionamento, dello stesso, in conseguenza delle operate premesse, risponderà per violazione dell'art. 2103 c.c. (sulla cessione di azienda, v. più diffusamente i parr. 11. e ss. del capitolo sul lavoro flessibile).

4.3. Criteri per il risarcimento del danno da demansionamento.

Quanto agli oneri della prova incombenti sul lavoratore ed alla ammissibilità delle presunzioni in materia di risarcimento del danno da assegnazioni a mansioni inferiori va menzionata **Sez. L, n. 00021/2019, Cinque, Rv. 65244501**. Nella pronunzia, poc'anzi ricordata, si afferma che il danno derivante da demansionamento e dequalificazione professionale non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale, ma deve essere provato dal lavoratore, eventualmente anche ai sensi dell'art. 2729 c.c., attraverso l'allegazione di elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti, tra i quali possono essere valutati la qualità e quantità dell'attività lavorativa svolta, il tipo e la natura della professionalità coinvolta, la durata del demansionamento, la diversa e nuova collocazione lavorativa assunta dopo la prospettata dequalificazione. Nella specie, la Cassazione ha considerato provato, sulla scorta di presunzioni, il danno lamentato dalla vice direttrice di un ufficio

postale che, dopo essere stata assegnata a mansioni di minore ampiezza, era stata vittima di condotte obiettivamente mortificanti, tra le quali: l'estromissione dalla commissione esaminatrice per un concorso interno; la sostituzione da parte di un dipendente dell'area operativa; il parallelo avanzamento in carriera di dipendenti di qualifica inferiore; il silenzio datoriale in risposta alle sue richieste di adeguamento delle mansioni.

Del pari in tema di dequalificazione professionale e risarcimento del danno, va ricordata **Sez. L, n. 19923/2019, Pagetta, Rv. 65478702**, con riferimento alla possibilità di liquidazione equitativa dei danni patrimoniali. In tal caso, il giudice di legittimità – partendo dall'esame di una ipotesi in cui la sentenza di merito aveva riconosciuto al lavoratore il danno patrimoniale da demansionamento in misura corrispondente all'importo da questo versato all'INPS per il riscatto degli anni universitari, onde accedere prima al pensionamento anticipato di anzianità e porre fine alla situazione di degrado ed emarginazione professionale – ha statuito che in tema di dequalificazione professionale, il giudice del merito, con apprezzamento di fatto incensurabile in cassazione, se adeguatamente motivato, può desumere l'esistenza del relativo danno – avente natura patrimoniale e il cui onere di allegazione incombe sul lavoratore – e determinarne l'entità, anche in via equitativa. Potrà giungere quindi al risarcimento anche attraverso un processo logico-giuridico attinente alla formazione della prova, pure in via presuntiva, in base agli elementi di fatto relativi alla qualità e quantità della esperienza lavorativa pregressa, al tipo di professionalità colpita, alla durata del demansionamento, all'esito finale della dequalificazione e alle altre circostanze del caso concreto.

Appare utile, da ultimo, sempre in tema di liquidazione equitativa del danno, far menzione di quanto affermato da **Sez. L, n. 16595/2019, Lorito, Rv. 654240-01**. I principi ivi enunciati, infatti, contengono un monito al giudice di merito, quanto ai contenuti minimi che la motivazione deve recare per non incappare nella scure del giudice di legittimità e, benché dettati con riguardo ad una ipotesi di liquidazione equitativa del danno da demansionamento, paiono porsi come parametri motivazionali da adottare in tutte le ipotesi di liquidazione equitativa del danno. Nel dettaglio, il giudice di legittimità scrive che è sindacabile in sede di legittimità, come violazione dell'art. 1226 c.c. e, nel contempo, come ipotesi di assenza di motivazione, di “motivazione apparente”, di “manifesta ed irriducibile contraddittorietà” e di “motivazione perplessa od incomprensibile”, la valutazione del giudice di merito che non abbia indicato, nemmeno sommariamente, i criteri seguiti per determinare l'entità del danno e gli elementi su cui ha basato la sua decisione in ordine al *quantum*. In applicazione del principio innanzi enunciato, la S.C. ha quindi cassato la decisione della corte territoriale che aveva ridotto in modo non trascurabile l'ammontare del danno professionale liquidato in primo grado semplicemente richiamando la prassi

invalsa presso il distretto territoriale, senza procedere ad una enunciazione più specifica dei criteri applicati né all'adeguamento della liquidazione alle particolarità del caso concreto.

Del pari, contenendo affermazioni di principio applicabili a tutte le ipotesi di danno morale, val la pena ricordare, **Sez. L, n. 29206/2019, Esposito, Rv. 655757-01**, in continuità *ex plurimis*, con Sez. 3, n. 20684/2009, Segreto, Rv. 609435-01. Il danno non patrimoniale derivante dalla lesione dei diritti inviolabili della persona, scrive la S.C., è risarcibile a condizione che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale, che il danno non sia futile, ovvero non consista in meri disagi o fastidi e che, infine, vi sia specifica allegazione del pregiudizio, non potendo assumersi la sussistenza del danno *in re ipsa*.

5. L'assegnazione del dipendente a mansioni superiori: le modalità di verifica.

Nel procedimento logico-giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento di un lavoratore subordinato non può prescindersi, ritiene la S.C., dalla motivata valutazione di tre fasi tra di loro ordinate in successione, consistenti: a) nell'accertamento di fatto dell'attività lavorativa in concreto svolta; b) nell'individuazione delle qualifiche o gradi previsti dalla normativa applicabile nel singolo caso (contratto collettivo ovvero regolamento del personale ad esso equiparabile); c) nel raffronto dei risultati di tali due indagini. Pertanto, se risulta omessa da parte del giudice del merito la motivata indicazione e valutazione della seconda di dette fasi, ne deriva l'errata applicazione dell'art. 2103 cod. civ., restando l'individuazione dei criteri generali ed astratti caratteristici delle singole categorie alla stregua della disciplina collettiva del rapporto censurabile in sede di legittimità, oltre che per vizi di motivazione (come le altre fasi del predetto *iter* logico-giuridico dell'inquadramento), anche per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale nell'interpretazione della disciplina collettiva applicabile (cfr. Sez. L, n. 11037/2006, Balletti, Rv. 589058-01).

Al riguardo, il giudice di legittimità, **Sez. L, n. 30580/2019, Torrice, Rv. 655877-01** ha puntualizzato che nel giudizio relativo all'attribuzione di una qualifica superiore, l'osservanza del cd. criterio "trifasico", da cui non si può prescindere nel procedimento logico-giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento del lavoratore, non richiede che il giudice si attenga pedissequamente alla ripetizione di una rigida e formalizzata sequenza delle azioni fissate dallo schema procedimentale, sempre che risulti che ciascuno dei momenti di accertamento, di ricognizione e di valutazione abbia trovato concreto ingresso nel ragionamento decisorio,

concorrendo a stabilirne le conclusioni. Tale affermazione, peraltro, è in linea con quanto già ritenuto in Sez. L, n. 18943/2016, Negri della Torre, Rv. 641208-01.

5.1.Gli obblighi datoriali, in caso di assegnazioni a mansioni superiori, nell'impiego privato. Questioni di inquadramento.

Lo svolgimento di fatto di mansioni superiori nel lavoro cd. privato, attualmente, comporta – salvo che sia funzionale alla sostituzione di altro lavoratore in servizio o che vi sia espressione di volontà del lavoratore in senso contrario – il diritto del prestatore alla qualifica ed alla retribuzione sempre che detta assegnazione sia durata il tempo fissato dai contratti collettivi o in mancanza sei mesi (nel testo del previgente art. 2103 c.c. erano tre).

Ebbene, in tema, **Sez. L, n. 25673/2019, Negri della Torre, Rv. 655388-01**, si è soffermata sul concetto di svolgimento di mansioni superiori utili al riconoscimento della superiore qualifica.

A tal riguardo, la Cassazione ha ritenuto che l'assegnazione a mansioni diverse da quelle di assunzione determina il diritto del lavoratore all'inquadramento superiore di cui all'art. 2103 c.c. anche quando le prime siano solo prevalenti rispetto agli altri compiti affidatigli, non richiedendo la predetta norma lo svolgimento di tutte le mansioni proprie della qualifica superiore, ma solo che i compiti affidati al lavoratore siano superiori a quelli della categoria in cui è inquadrato.

La Suprema Corte si è poi pronunciata anche con riferimento alla interpretazione di specifiche norme della contrattazione collettiva, al fine di verificare quale sia l'essenza dell'inquadramento codificato dalle parti sociali e dunque se sia maturato o meno il diritto al superiore inquadramento.

Infatti, avuto riguardo al c.c.n.l. del 16 aprile del 2003 del comparto ferroviario, va rammentata, sempre con riguardo alle questioni relative all'inquadramento, **Sez. L, n. 07172/2019, Blasutto, Rv. 653175-01**. Scrive la S.C., in tema di inquadramento del personale ferroviario: il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), cui è affidato il compito di valutare i rischi connessi all'attività lavorativa e di indicare eventuali soluzioni tecniche per garantire la sicurezza dei lavoratori, rientra nel livello B-Quadri di cui all'art. 21 del c.c.n.l. 16 aprile 2003 delle attività ferroviarie, in quanto, come richiesto dalla relativa declaratoria, concorre al perseguimento degli "obiettivi aziendali", non potendo tale ultima nozione essere intesa in senso esclusivamente economico-produttivo, atteso che la sicurezza sui luoghi di lavoro costituisce uno degli obblighi primari dell'imprenditore alla luce dell'art. 41 Cost.

Sempre in tema di inquadramento, va pure ricordata **Sez. L, n. 25810/2019, Arienzo, Rv. 655319-01**, secondo il cui insegnamento, la declaratoria della quarta categoria del c.c.n.l. industria metalmeccanica del 7 maggio 2003 si interpreta nel

senso che nella previsione di cui al secondo alinea – alternativa a quelle declinate nel primo e nel terzo paragrafo – il riferimento al requisito della guida e controllo di un gruppo di lavoratori non è connotato in termini di autonomia decisionale, come si desume dalla precisazione che non è richiesta alcuna iniziativa per la condotta ed il risultato delle lavorazioni. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che, in relazione alle mansioni di *team leader*, implicanti il coordinamento di un gruppo di oltre dieci lavoratori, aveva rigettato la domanda di inquadramento nella quarta categoria per assenza di autonomia decisionale).

In limine, benché non involga questioni che concernono il riconoscimento di mansioni superiori, ma piuttosto la maturazione del diritto alla indennità di maneggio di denaro, **Sez. L, n. 22294/2019, Arienzo, Rv. 654824-01**.

In essa la S.C. ha affermato che l'indennità spetta in presenza dei requisiti previsti dal contratto collettivo che disciplina il rapporto di lavoro, essendo comunque necessario che le mansioni del lavoratore implicino un contatto con il denaro continuativo ed occasionale, con esposizione ad una possibile responsabilità, anche di carattere finanziario; tali profili devono ritenersi immanenti nella mansioni di cassiere per il quale la responsabilità connessa al maneggio di denaro discende, ai sensi dell'art. 2104 c.c., direttamente dalla natura della prestazione dovuta.

6. Il tratto distintivo fra redattore e collaboratore fisso nell'impresa giornalistica e le conseguenze della mancata iscrizione all'albo dei giornalisti.

In tema di lavoro giornalistico, se nello scorso anno la S.C. si era in particolar modo soffermata sui tratti distintivi tra redattore e collaboratore fisso, affermando che ai fini della integrazione della qualifica di redattore e della sua distinzione dalla figura del collaboratore, rileva, per un verso, il requisito della quotidianità della prestazione, in contrapposizione alla continuità, caratterizzante, invece, la figura del collaboratore fisso, oltre che l'elevato livello di integrazione nell'impresa, che si esprime nella compartecipazione alla programmazione dell'attività informativa per linee generali ed alla formazione del prodotto finale, a fronte del mero vincolo di dipendenza che connota l'attività del collaboratore fisso, il quale si limita ad offrire servizi inerenti, di regola, ad un settore informativo specifico di competenza (cfr. Sez. L, n. 29182/2018, Ponterio, Rv. 651745-01), nel corso del 2019, **Sez. L, n. 03177/2019, Marotta, Rv. 652910-01**, ha invece approfondito la diversa questione delle conseguenze della mancata iscrizione all'albo dei giornalisti.

L'attività svolta dal collaboratore fisso, contraddistinta da continuità, vincolo di dipendenza ed esclusività, responsabilità di un servizio, scrive il giudice di legittimità, rientra nel concetto di "professione giornalistica" e richiede la previa iscrizione

nell'elenco dei giornalisti, con conseguente nullità del contratto in caso di iscrizione al solo elenco dei pubblicisti. Qualora ricorra detta ipotesi, chiarisce però la S.C., poiché la nullità non deriva da illiceità dell'oggetto o della causa, ma da violazione di legge, l'attività svolta conserva giuridica rilevanza ed efficacia ai sensi dell'art. 2126 c.c.

Sulla questione, ad ogni modo, l'ultima parola non è ancora stata scritta.

Infatti, va segnalato che **Sez. L, n. 14262/2019, Ponterio**, ha rimesso alle S.U. proprio il dibattuto tema: se, ai fini della costituzione di un valido rapporto di lavoro subordinato giornalistico in capo al collaboratore fisso che eserciti la sua attività con "esclusività professionale", sia necessaria l'iscrizione all'albo dei giornalisti o basti, per converso, quella all'albo dei pubblicisti.

6.1. Sulla nozione di ufficio di corrispondenza estera.

L'elaborazione della giurisprudenza di legittimità, avuto riguardo alla figura del redattore, come ricordata nel paragrafo che precede, costituisce, poi, il substrato sul quale è stata tracciata la nozione di corrispondenza estera da **Sez. L, n. 02930/2019, Bellè, Rv. 65260503**, in conformità con quanto già ritenuto da Sez. L, n. 19199/2013, Arienzo, Rv. 628388-01.

In tema di lavoro giornalistico, afferma la S.C., ai sensi dell'art. 5 del c.c.n.l. 10 gennaio 1959, reso efficace *erga omnes* con d.P.R. n. 153 del 1961, affinché l'attività di un giornalista corrispondente dall'estero integri lo svolgimento delle mansioni proprie di un "ufficio di corrispondenza", occorre che ricorrano, in analogia con l'attività di redattore, oltre all'elaborazione di notizie, anche la continuità della loro trasmissione, nonché il carattere elaborato e generale delle notizie stesse, provenienti da qualsiasi settore dell'informazione del Paese di corrispondenza, restando irrilevante che vi sia o meno una struttura multipersonale e munita di specifici mezzi datoriali. E' facendo applicazione di questi principi, che la Cassazione ha annullato la sentenza che aveva negato la qualifica di corrispondente dall'estero in favore di una giornalista che lavorava da sola e priva di una struttura formale di riferimento, ma curava quotidianamente da Madrid l'elaborazione di informazioni di ogni genere, provenienti da tutta la Spagna, dando copertura a qualsiasi esigenza di partecipazione ad eventi, congressi e conferenze stampa.

7. Il trasferimento.

Il datore di lavoro può disporre il trasferimento del lavoratore; l'esercizio di detta facoltà datoriale impinge, tuttavia, nella vita del lavoratore e nelle sue scelte personali e familiari ed è perciò vincolata alla sussistenza di comprovate ragioni tecniche e produttive.

7.1. La libertà datoriale di operare lo spostamento dei lavoratori nell'ambito della unità produttiva.

Il contemperamento degli interessi del datore e del lavoratore operato attraverso la verifica della sussistenza delle ragioni tecniche ed organizzative, ai fini della legittimità del trasferimento, trova ulteriore bilanciamento nella nozione di unità produttiva, all'interno della quale il datore di lavoro può liberamente spostare i dipendenti, salvo che l'unità non comprenda uffici notevolmente distanti sul territorio.

Detto principio è stato affermato da Sez. L, n. 17246/2018, Negri della Torre, Rv. 649604-01, conforme alla precedente Sez. L, n. 12097/2010, Di Nubila, Rv. 613528-01, che ha ritenuto che la nozione di trasferimento del lavoratore, che comporta il mutamento definitivo del luogo geografico di esecuzione della prestazione, ai sensi dell'art. 2103, comma 1 (ultima parte), c.c., e alla stregua delle disposizioni collettive applicabili nella specie (artt. 37 e 74 del c.c.n.l. per i dipendenti postali), non è configurabile quando lo spostamento venga attuato nell'ambito della medesima unità produttiva, salvo i casi in cui l'unità produttiva comprenda uffici notevolmente distanti tra loro.

Ebbene, della nozione di unità produttiva, con specifico riferimento alla attività di piazzista, si è interessata **Sez. L, n. 29520/2019, Garri, Rv. 654745-01**, ritenendo che l'unità produttiva dalla quale il prestatore non può essere trasferito, se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, è quella che costituisce articolazione autonoma dell'impresa, con idoneità a produrre beni e servizi dell'azienda, sicché, quanto ai piazzisti, essa va individuata in relazione all'itinerario da compiere, alla zona da visitare o all'ambito territoriale assegnato. In applicazione del principio innanzi esposto, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva qualificato come trasferimento il mero mutamento di clientela, all'interno della medesima area geografica di assegnazione, senza verificare la sussistenza di sostanziali mutamenti della prestazione.

7.1.1. Mutamento di unità produttiva del lavoratore che assiste familiare con *handicap*.

Del divieto di trasferimento del lavoratore che assiste con continuità un familiare disabile convivente, ai sensi dell'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992, nel testo modificato dall'art. 24, comma 1, lett. b) della l. n. 183 del 2010, si è occupata **Sez. L, n. 21670/2019, Negri della Torre, Rv. 654822-01**.

Nella pronunzia innanzi citata si afferma, conformemente a quanto già ritenuto da Sez. L, n. 24015/2017, Torrice, Rv. 646099-02, che il divieto di trasferimento del lavoratore opera ogni volta che muti definitivamente il luogo geografico di

esecuzione della prestazione, anche nell'ambito della medesima unità produttiva che comprenda uffici dislocati in luoghi diversi, in quanto il dato testuale contenuto nella norma, che fa riferimento alla sede di lavoro, non consente di ritenere tale nozione corrispondente all'unità produttiva di cui all'art. 2103 c.c.

Insomma, nel caso specifico dell'assistenza ai familiari conviventi disabili, il giudice di legittimità utilizza una nozione attenta alla tutela dei diritti del prestatore e dei suoi familiari in condizione di *handicap*.

7.1.2. Scelta della sede di lavoro da parte del prestatore che assiste familiari con *handicap* grave e fruizione dei permessi.

Per l'evidente connessione con il tema poc'anzi trattato della delimitazione del raggio entro il quale il datore può operare il trasferimento del lavoratore che assiste familiari in condizioni di disabilità, va verificata anche la posizione assunta dal giudice di legittimità con riferimento al diritto alla scelta della sede di lavoro.

Ebbene, la Cassazione ha precisato che detto diritto alla scelta della sede può essere esercitato, ricorrendone i presupposti, sia al momento dell'assunzione che successivamente, nel corso del rapporto di lavoro.

Nel dettaglio, **Sez. L, n. 06150/2019, Ponterio, Rv. 653082-01**, afferma che in materia di assistenza ai portatori di *handicap*, l'art. 33, comma 5, della l. n. 104 del 1992, nel testo modificato dalla l. n. 53 del 2000 e dalla l. n. 183 del 2010, circa il diritto del lavoratore che assiste un disabile in situazione di gravità di scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio, va interpretato nel senso che tale diritto può essere esercitato, al ricorrere delle condizioni di legge, oltre che al momento dell'assunzione, anche nel corso del rapporto di lavoro, deponendo in tal senso il tenore letterale della norma, in coerenza con la funzione solidaristica della disciplina e con le esigenze di tutela e garanzia dei diritti del soggetto portatore di *handicap* previsti dalla Costituzione e dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva con l. n. 18 del 2009.

Va qui ricordata anche **Sez. L, n. 21416/2019, Marotta, Rv. 654680-01**, in relazione alla diversa questione dei permessi retribuiti *ex art.* 33, comma 3, della l. n. 104 del 1992.

La condizione – cui è assoggettato il relativo diritto – che la persona da assistere, affetta da *handicap* grave, non sia ricoverata a tempo pieno, scrive il giudice di legittimità, non può che intendersi riferita al ricovero presso strutture ospedaliere o simili (pubbliche o private) che assicurino assistenza sanitaria continuativa, in coerenza con la *ratio* dell'istituto, che è quella di garantire al portatore di *handicap* grave tutte le prestazioni sanitarie necessarie e richieste dal suo *status*, così da rendere superfluo, o comunque non indispensabile, l'intervento del familiare. Nella specie, la

S.C. ha cassato la sentenza impugnata – che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato per falsa dichiarazione del lavoratore in ordine al requisito del mancato ricovero della madre, alloggiata in una casa di riposo – perché la valutazione del giudice di merito sulla veridicità della dichiarazione si era arrestata ad una nozione atecnica di ricovero, senza considerare il livello di assistenza prestato dalla struttura.

7.2. La posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento illegittimo.

Quanto alla posizione del lavoratore che venga raggiunto da un trasferimento illegittimo, va rilevato che, in piena sintonia con Sez. L, n. 11408/2018, Pagetta, Rv. 648189-01, **Sez. L, n. 00434/2019, Patti, Rv. 652225-01**, ha affermato che l'inadempimento datoriale non legittima in via automatica il rifiuto del lavoratore ad eseguire la prestazione lavorativa in quanto, vertendosi in ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive, trova applicazione il disposto dell'art. 1460, comma 2, c.c., alla stregua del quale la parte adempiente può rifiutarsi di eseguire la prestazione a proprio carico solo ove tale rifiuto, avuto riguardo alle circostanze concrete, non risulti contrario alla buona fede e sia accompagnato da una seria ed effettiva disponibilità a prestare servizio presso la sede originaria, con valutazione rimessa al giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se espressa con motivazione adeguata ed immune da vizi logico-giuridici. Nella specie, la S.C. ha quindi cassato la decisione impugnata per avere ritenuto giustificato il rifiuto del lavoratore in virtù di un generico riferimento alla gravità dell'inadempimento datoriale.

Sez. L, n. 21391/2019, Blasutto, Rv. 655003-01, si colloca nel medesimo alveo; anche in essa infatti si nega che in caso di trasferimento adottato in violazione dell'art. 2103 c.c., l'inadempimento datoriale legittimi in via automatica il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa, in quanto, vertendosi in ipotesi di contratto a prestazioni corrispettive, trova applicazione il disposto dell'art. 1460, comma 2, c.c. alla stregua del quale la parte adempiente può rifiutarsi di eseguire la prestazione a proprio carico solo ove tale rifiuto, avuto riguardo alle circostanze concrete, non risulti contrario alla buona fede.

Questa ricostruzione della posizione del lavoratore colpito da trasferimento illegittimo e della impossibilità di rifiutare la prestazione lavorativa, segna una nuova linea di tendenza nell'orientamento della Cassazione, atteso che nella sentenza Sez. L, n. 18178/2017, Negri della Torre, Rv. 645003-01 (peraltro conforme alla precedente Sez. L, n. 26920/2008, Stile, Rv. 605455-01) si giungeva invece ad una soluzione di segno opposto, affermandosi che il provvedimento del datore di lavoro avente ad oggetto il trasferimento di sede di un lavoratore, non adeguatamente giustificato *ex art.* 2103 c.c., è nullo ed integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro, con la conseguenza che la mancata ottemperanza allo stesso

provvedimento da parte del lavoratore trova giustificazione sia quale attuazione di un'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti, non potendosi ritenere che sussista una presunzione di legittimità dei provvedimenti aziendali che imponga l'ottemperanza agli stessi fino ad un contrario accertamento in giudizio.

In limine, va rammentata **Sez. L, n. 11180/2019, Curcio, Rv. 653624-01**, che, sebbene avuto riguardo ad una ipotesi in cui veniva in rilievo l'accertamento della nullità del termine apposto al contratto di lavoro ed il conseguente obbligo datoriale di riammissione in servizio del lavoratore, si occupa della medesima questione: gli effetti del rifiuto del lavoratore di accettare il trasferimento. In detto arresto, infatti, la S.C. afferma che nell'ipotesi di accertamento della nullità del termine apposto al contratto di lavoro, il datore è tenuto a riammettere in servizio il lavoratore nelle precedenti condizioni di luogo e di mansioni, salvo adottare un provvedimento di trasferimento nel rispetto di quanto previsto dall'art. 2013 c.c; il rifiuto del lavoratore di accettare il trasferimento in una sede diversa da quella originaria in assenza di ragioni obiettive che sorreggano detto provvedimento costituisce condotta inquadrabile in quella disciplinata dell'art.1460 c.c.

7.3. Gli emolumenti retributivi in caso di trasferimento ed il tfr.

Per una questione di organicità appare opportuno richiamare in questa sede, piuttosto che nel paragrafo destinato alle questioni retributive in generale, le pronunzie del giudice di legittimità in materia di emolumenti retributivi in caso di trasferimento, nonché in relazione al calcolo del tfr.

In tema va ribadito che per la Cassazione hanno natura retributiva i trattamenti economici che compensano il lavoro (e la sua eventuale maggiore gravosità), mentre hanno natura riparatoria quelli volti al ristoro di spese.

Sez. L, n. 22197/2018, Marotta, Rv. 650499-01, in tema di emolumenti percepiti in caso di trasferimento ad altra sede, ha infatti affermato che alle somme erogate a tale titolo deve riconoscersi natura retributiva qualora si tratti di importi compensativi della maggiore gravosità e del disagio morale ed ambientale dell'attività lavorativa prestata presso la nuova sede per adempiere, sia pure indirettamente, gli obblighi della prestazione lavorativa; il collegamento sinallagmatico con detta prestazione rende, infatti, tali importi un adeguamento della retribuzione ai maggiori esborsi sopportati in considerazione delle mutate condizioni ambientali in cui il lavoratore svolge la propria attività.

Nel corso dell'anno 2019, il giudice di legittimità è tornato sul tema con **Sez. L, n. 13516/2019, Pagetta, Rv. 653958-01 e Rv. 653958-02**, in cui si è indagata la natura ed i presupposti applicativi dell'*una tantum* di cui all'art. 73, comma 1, lett. c)

del c.c.n.l. attività ferroviarie del 16 aprile 2003 e del compenso di cui alla lett. b) della medesima norma.

Ebbene, sul punto la Cassazione ha ritenuto che:

1) l'art. 73, comma 1, lett. c), del c.c.n.l. Attività ferroviarie va interpretato nel senso che l'indennità *una tantum* ivi prevista spetta in caso di trasferimento del lavoratore presso una nuova sede lavorativa, indipendentemente dalla circostanza che egli trasferisca anche la propria dimora;

2) l'art. 73, comma 1, lett. b), del c.c.n.l. Attività ferroviarie va interpretato, invece, nel senso che il compenso ivi previsto spetta solo in caso di effettivo trasferimento del lavoratore e non in caso di semplice mutamento della sede lavorativa, trovando la propria giustificazione nell'esigenza di compensare l'obiettivo maggior disagio connesso al trasferimento della dimora del lavoratore e della sua famiglia.

Infine, per l'evidente connessione con il tema in esame va pure rammentata **Sez. L, n. 03178/2019, Negri della Torre, Rv. 652911-01**, che, con riguardo al tfr del personale direttivo delle aziende di credito, afferma che l'art. 94 del c.c.n.l. del 22 giugno 1995 si interpreta nel senso di escludere dalla "retribuzione annua di riferimento" per il calcolo del tfr le voci indicate nell'art. 57 del medesimo contratto, fra cui quella relativa al contributo per l'alloggio nella sede di destinazione del dipendente trasferito (cfr. anche *infra* par. 9.9).

8. La distinzione tra lavoro autonomo e subordinato per le professioni intellettuali o professionali.

Ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato in caso di prestazioni di natura intellettuale o professionale, l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui si presenta in forma attenuata in quanto non agevolmente apprezzabile a causa dell'atteggiarsi del rapporto, sicché occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari, come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa con l'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale, elementi tutti la cui valutazione di fatto, rimessa al giudice del merito, se immune da vizi giuridici ed adeguatamente motivata, è insindacabile in sede di legittimità, ove è censurabile soltanto la determinazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto.

In tal modo, **Sez. L, n. 05436/2019, Arienzo, Rv. 652921-01**, ha delineato le caratteristiche dell'eterodirezione, connotante la subordinazione, al fine di distinguere le prestazioni di natura intellettuale autonome, da quelle subordinate. Nella specie, in applicazione dei sopraindicati tratti distintivi, la S.C. ha confermato

la decisione di merito che, in relazione ad un rapporto di lavoro tra una biologa ed un laboratorio di analisi di una casa di cura, aveva escluso la subordinazione valorizzando la possibilità di scelta del turno da effettuare, la libertà di esercitare altrove l'attività professionale, nonché l'erogazione di compensi variabili rapportati al numero di presenze e di reperibilità.

8.1. Il rapporto gerarchico dirigenziale *multilevel*.

Nell'ambito della medesima azienda è configurabile un rapporto gerarchico tra più dirigenti di diverso livello, a condizione che esso sia particolarmente attenuato, traducendosi in un'attività di controllo o di coordinamento di direttive relative ad una sfera generalmente più limitata, esercitata dal dirigente sovraordinato, quale diretto tramite della volontà dell'imprenditore, in modo che sia conservata al dirigente subordinato ampia autonomia nelle scelte decisionali funzionali alla realizzazione degli obiettivi dell'impresa. In tal modo si è espresso il giudice di legittimità in **Sez. L, n. 31279/2019, Raimondi, Rv. 655988-01**, in conformità con quanto già ritenuto da Sez. L, n. 08842/1987, Campanile, Rv. 456201-01.

9. La retribuzione ed il tfr.

L'obbligo tipico incombente sul datore di lavoro, a fronte della esecuzione della prestazione da parte del lavoratore, è il pagamento della retribuzione, ivi compreso il tfr, al pari avente natura retributiva, corrispettivo, quest'ultimo, che matura in corso del rapporto, ma è dovuto alla cessazione dello stesso.

Ebbene, se nel corso del 2018 la Suprema Corte ha avuto modo di interessarsi ai profili retributivi del rapporto di lavoro, in particolare con riferimento alla presunzione di onerosità della prestazione nonché con riguardo alle questioni in materia di riparto dell'onere della prova (basti ricordare: quanto alla prima delle questioni, Sez. L, n. 22387/2018, Bellè, Rv. 650537-01, ma anche Sez. L, n. 07703/2018, Marotta, Rv. 648261-01; quanto alla seconda, Sez. L, n. 01644/2018, Patti, Rv. 647486-01, e Sez. L, n. 04076/2018, Negri della Torre, Rv. 647446-01), nel corso dell'anno 2019, l'angolo prospettico è virato verso le questioni attinenti agli oneri di allegazione e prova in relazione ai rapporti di lavoro di fatto, nonché quelle inerenti alla qualificazione della domanda di condanna al pagamento delle retribuzioni *ex art. 2126 c.c.* come domanda nuova, in caso di rigetto della domanda di riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (cfr. *infra*).

Di particolare interesse sono una serie di pronunzie che si sono occupate del trattamento retributivo del socio lavoratore, oltre che dei trattamenti economici per servizio estero.

Non sono mancate, poi, una serie di pronunzie che riguardano l'applicazione di norme della contrattazione collettiva e – dunque – specifici settori, oltre che, infine, quelle in materia di tfr, con particolare riferimento, sia al momento di maturazione del diritto e dunque della individuazione del termine iniziale di prescrizione, sia alla individuazione della base di calcolo per il trattamento.

Infine, le pronunzie in materia di ferie, festività e permessi, oltre che quelle che concernono la responsabilità solidale del committente per il pagamento dei debiti del datore, previa individuazione della nozione di emolumenti retributivi cui applicare il principio di solidarietà.

Vale la pena, quindi, ripercorrere le linee di tendenza della Cassazione, in relazione a tutti detti aspetti.

9.1. Oneri di allegazione e prova nell'azione promossa ai sensi dell'art. 2126 c.c. (rinvio).

Ebbene, sul tema si ricorda, **Sez. L, n. 25169/2019, Bellè, Rv. 655318-02**, esaminata nell'ambito del capitolo dedicato al lavoro pubblico contrattualizzato, par. 3, cui quindi si fa rinvio.

9.1.1. Il decorso della prescrizione dei crediti derivanti da lavoro carcerario.

Della individuazione del momento dal quale far decorrere la prescrizione in tema di crediti derivanti da lavoro carcerario va rammentata **Sez. L, n. 27340/2019, Marotta, Rv. 655518-01**.

In tema di lavoro carcerario, afferma la S.C., il termine di prescrizione dei diritti del lavoratore non decorre durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, in sé privo di stabilità, poiché, nei confronti del prestatore, è configurabile una situazione di *metus*, che, pur non identificandosi necessariamente in un timore di rappresaglie da parte del datore di lavoro, è riconducibile alla circostanza che la configurazione sostanziale e la tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dall'attività lavorativa del detenuto possono non coincidere con quelli che contrassegnano il lavoro libero, attesa la necessità di preservare le modalità essenziali di esecuzione della pena e le corrispondenti esigenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria. Ne consegue, peraltro, che la sospensione della prescrizione permane solo fino alla cessazione del rapporto di lavoro in quanto, in assenza di specifiche disposizioni, non può estendersi all'intero periodo di detenzione.

L'orientamento espresso è conforme all'insegnamento del giudice di legittimità già espresso in **Sez. L, n. 02696/2015, D'Antonio, Rv. 634525-01**.

9.2. Il trattamento economico del socio lavoratore di società cooperative.

Del trattamento economico del socio lavoratore di società cooperative, si è occupata **Sez. L, n. 05189/2019, Ponterio, Rv. 653023-01**.

Il principio affermato dalla S.C. può essere così sintetizzato: in tema di società cooperative, nel regime dettato dalla l. 3 aprile 2001, n. 142, al socio lavoratore subordinato spetta la corresponsione di un trattamento economico complessivo (ossia concernente la retribuzione base e le altre voci retributive) non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine. L'applicazione di dette norme, quanto ai minimi contrattuali, non è peraltro influenzata, scrive il giudice di legittimità, dall'entrata in vigore del regolamento previsto dall'art. 6 della l. n. 142 del 2001, che è destinato a disciplinare, essenzialmente, le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci e ad indicare le norme, anche collettive, applicabili, sicché non può contenere disposizioni derogatorie di minor favore rispetto alle previsioni collettive di categoria. Trattasi di pronunzia, peraltro, che si pone in segno di continuità con Sez. L, n. 19832/2013, Arienzo, Rv. 628843-01.

Sez. L, n. 04951/2019, Ponterio, Rv. 653019-01, prende invece in esame la diversa ipotesi in cui venga in rilievo un concorso di contratti collettivi, tutti applicabili nel medesimo ambito. In tal caso, scrive il giudice di legittimità, ai sensi dell'art. 7, comma 4, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, conv. con modif. in l. 28 febbraio 2008, n. 31, al socio lavoratore subordinato di società cooperativa spetta un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative nella categoria, quale parametro esterno e indiretto di commisurazione ai criteri di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, previsti dall'art. 36 Cost. Nella specie, applicando il principio innanzi richiamato, la S.C. ha confermato la decisione di merito che, in riferimento a prestazioni rese nell'ambito di un appalto per il servizio di vigilanza e guardianato, ha ritenuto applicabile il c.c.n.l. Multiservizi, in luogo del c.c.n.l. Portieri e Custodi stipulato, per parte datoriale, da un'unica organizzazione sindacale.

9.2.1 Il computo dei soci lavoratori ai fini del requisito dimensionale.

La S.C., con **Sez. L, n. 06947/2019, Patti, Rv. 653083-01**, ha poi affrontato la questione, che qui viene richiamata per la connessione con quella in esame, del computo dei soci lavoratori ai fini del requisito dimensionale.

Ebbene, la Cassazione ha sul punto ritenuto che a seguito della disciplina introdotta dalla l. n. 142 del 2001, in una società cooperativa anche i soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato devono essere computati ai fini del requisito

dimensionale per l'applicazione del regime di stabilità del rapporto di lavoro, con la conseguenza della fruibilità anche dai lavoratori dipendenti non soci della tutela prevista dall'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, nel testo novellato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012.

9.3. I trattamenti economici per servizio estero (rinvio).

Della posizione economica del personale assunto a contratto dalle rappresentanze diplomatiche si occupa **Sez. L, n. 16755/2019, Di Paolantonio, Rv. 654243-01**, esaminata nella parte della rassegna dedicata al lavoro pubblico contrattualizzato, par. 3., cui si fa rinvio.

9.4. I trattamenti economici per il caso di trasferimento (rinvio al 7.3).

9.5. La natura retributiva del credito del lavoratore per le ritenute fiscali indebitamente operate dal datore.

Sulla natura retributiva dei crediti dei lavoratori per le trattenute fiscali indebitamente effettuate va ricordata **Sez. L, n. 14502/2019, Marchese, Rv. 654059-01**.

In detto arresto viene espressamente ritenuta la natura retributiva dei summenzionati crediti, asserendo che il credito vantato dal prestatore nei confronti del datore di lavoro per le somme indebitamente trattenute sullo stipendio a titolo di ritenute fiscali ha natura retributiva e, conseguentemente, ad esso si applica l'intera disciplina afferente al rapporto di lavoro, comprese le disposizioni di cui all'art. 429 c.p.c. in tema di interessi e rivalutazione. In applicazione di detto principio, la S.C. ha quindi confermato la sentenza di merito con la quale era stato affermato il diritto del prestatore alla ripetizione delle somme, maggiorate di interessi e rivalutazione.

9.6. Il problema della cumulabilità di reddito e pensione per gli iscritti all'istituto di previdenza dei giornalisti.

In tema di cumulo tra pensione e redditi da lavoro per i giornalisti, va ricordata **Sez. L, n. 19573/2019, De Marinis, Rv. 654499-01**, che si pone in continuità con Sez. L, n. 01098/2012, La Terza, Rv. 621105-01.

Ebbene, secondo il giudice di legittimità, agli iscritti all'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani (INPGI) si applica la stessa disciplina prevista per gli iscritti all'Assicurazione Generale Obbligatoria facente capo all'INPS, in quanto l'INPGI gestisce, per espresso disposto dell'art. 76 della l. n. 388 del 2000, una forma di assicurazione sostitutiva di quella garantita dall'INPS, mentre gli artt. 72, comma 1, della legge appena citata, e 44, comma 1, della l. n. 289 del 2002, poi seguiti dall'art.

19 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. in l. n. 133 del 2008, parificano il trattamento pensionistico a carico dell'AGO e quelli a carico delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima. Ne consegue che deve essere disapplicato l'art. 15 del Regolamento dell'INPGI, che disciplina la materia del cumulo tra reddito da lavoro e trattamento pensionistico in maniera diversa da quanto previsto nel regime relativo all'AGO.

9.7. Ferie, festività, riposi e orario di lavoro.

Nel corso del 2018 Sez. L, n. 02496/2018, Tricomi I., Rv. 64730101 – in assoluta continuità con quanto dalla Corte già ritenuto in Sez. L, n. 13860/2000, Cuoco, Rv. 54106501, e prima ancora da Sez. L, n. 04339/1998, Mileo, Rv. 51540801 – si è occupata delle conseguenze derivanti dal mancato godimento delle ferie. Una volta divenuto impossibile per l'imprenditore, anche senza sua colpa, adempiere l'obbligazione di consentirne la fruizione, compete al lavoratore il diritto al pagamento dell'indennità sostitutiva, che ha natura retributiva, in quanto rappresenta la corresponsione a norma degli artt. 1463 e 2037 c.c., del valore di prestazioni non dovute e non restituibili in forma specifica. A tal riguardo, la Cassazione precisa altresì che l'assenza di un'espressa previsione contrattuale non esclude l'esistenza del diritto alla erogazione di detta indennità sostitutiva, che peraltro non sussiste se il datore di lavoro dimostra di avere offerto un adeguato tempo per il godimento delle ferie, di cui il lavoratore non abbia usufruito, venendo ad incorrere, così, nella "mora del creditore".

Quest'anno, la S.C., in **Sez. L, n. 13425/2019, Marchese, Rv. 653840-01**, si è poi soffermata sulla nozione europea di retribuzione dovuta nel periodo di godimento delle ferie annuali. Nello specifico, ha affermato che in tema di retribuzione dovuta nel periodo di godimento delle ferie annuali, ai sensi dell'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE, per come interpretata dalla Corte di Giustizia, sussiste una nozione europea di "retribuzione" che comprende qualsiasi importo pecuniario che si pone in rapporto di collegamento con l'esecuzione delle mansioni e che sia correlato allo *status* personale e professionale del lavoratore.

In materia di ferie va pure ricordata l'ordinanza interlocutoria **Sez. L, n. 00451/2019, Cinque**, con la quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. sulla questione relativa al diritto al pagamento della indennità sostitutiva delle ferie e dei permessi per festività soppresse maturate e non godute per fatto imputabile al datore di lavoro con riguardo al periodo intercorrente tra il licenziamento dichiarato illegittimo e la successiva reintegra. Il rinvio è finalizzato a valutare se, in presenza di una giurisprudenza euromunitaria che ha riconosciuto il diritto al pagamento della indennità sostitutiva anche in caso di malattia o maternità

(mentre lo ha escluso per il congedo parentale, per fatto volontario del lavoratore), l'art. 7 par. 2 direttiva CEE 2003/88 e l'art. 31 punto 2 della Carta di Nizza ostino a disposizioni o prassi nazionali in base alle quali il riconoscimento delle indennità non spetti per una interruzione del rapporto di lavoro illegittimo e che non dipenda dal lavoratore, atteso che il dubbio interpretativo non è risolubile attraverso il ricorso all'istituto dell'*acte claire* perché la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto non è "evidente".

La fruizione delle festività infrasettimanali, come quella delle ferie, costituisce un diritto soggettivo del lavoratore.

Sul punto, **Sez. L, n. 18887/2019, Cinque, Rv. 654493-01**, ha affermato che la normativa in tema di festività infrasettimanali (l. 27 maggio 1949, n. 260, come modificata dalla l. 31 marzo 1954, n. 90) è completa ed autosufficiente nel riconoscere al lavoratore il diritto soggettivo di astenersi dal prestare la propria attività lavorativa in occasione di determinate festività celebrative di ricorrenze civili e religiose, con la conseguenza che il predetto diritto non può essere posto nel nulla dal datore di lavoro, potendosi rinunciare al riposo nelle festività infrasettimanali solo in forza di un accordo tra il datore di lavoro e lavoratore o di accordi sindacali stipulati da oo.ss. cui il lavoratore abbia conferito esplicito mandato. In applicazione del sopraindicato principio, la S.C. ha dunque cassato la sentenza del giudice di merito che – reputato legittimo il licenziamento intimato ad un dipendente per essersi quest'ultimo rifiutato di espletare attività lavorativa nella giornata del 1° maggio – non aveva previamente verificato se la normativa di legge fosse stata derogata da un accordo individuale col datore o da accordi sindacali stipulati dalle oo.ss. con esplicito mandato da parte del lavoratore.

In linea con quanto si è sin qui ricordato è anche **Sez. L, n. 18884/2019, Ponterio, Rv. 654492-01**, in tema di mancata fruizione del riposo giornaliero o settimanale da parte dei lavoratori. Ebbene, il giudice di legittimità ha ritenuto che, in assenza di previsioni legittimanti, la scelta datoriale di negare la fruizione del riposo giornaliero e settimanale viola il diritto del prestatore al riposo ed è dunque fonte di danno patrimoniale che deve essere presunto, perché l'interesse del lavoratore leso dall'inadempimento del datore ha una diretta copertura costituzionale nell'art. 36 della Costituzione. Ne consegue che la lesione del predetto interesse espone direttamente il datore al risarcimento del danno.

In tema di orario di lavoro, per la categoria dei lavoratori mobili addetti a prestazioni discontinue, poi, l'art. 4, lett. a), della direttiva 2002/15/CE – secondo quanto ritenuto da **Sez. L, n. 26963/2019, Arienzo, Rv. 655516-01** – sancisce l'impossibilità di prevedere una durata media della settimana lavorativa superiore alle quarantotto ore, come limite massimo, a garanzia del diritto del lavoratore, ma non preclude al legislatore nazionale la fissazione di una durata inferiore dell'orario

lavorativo ordinario, con conseguenti riflessi sul computo del lavoro straordinario, per il quale occorre tenere conto del limite orario fissato dalla normativa più favorevole per il lavoratore.

Sempre in tema di orario di lavoro, infine, **Sez. L, n. 31957/2019, Blasutto, Rv. 656005-01**, ha affermato che la disciplina prevista per l'articolazione dell'orario per il lavoro *part-time* dall'art. 6, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 81 del 2015 non può trovare applicazione nei rapporti di lavoro a tempo pieno, né può essere utilizzata come parametro della programmazione della prestazione lavorativa a garanzia del diritto del lavoratore di conoscere in via anticipata, in un tempo ragionevole, i propri turni di servizio.

In applicazione del principio, la S.C. ha quindi cassato la sentenza che aveva riconosciuto ad alcuni lavoratori a tempo pieno il risarcimento del danno non patrimoniale determinato dalla comunicazione, da parte della datrice di lavoro, dei turni di servizio con un preavviso inferiore alle 48 ore.

Per il rapporto di lavoro *part-time* si rinvia al capitolo sul lavoro flessibile, par. 8.

9.7.1. Il congedo straordinario ex art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001.

Il lavoratore che intende fruire del congedo straordinario, ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 151 del 2001, ha l'obbligo di presentare istanza al datore di lavoro per consentirgli di predisporre idonee misure organizzative e commisurare l'indennità di cui al comma 5-*ter* della stessa norma; la necessità di detta istanza è confermata dal disposto normativo dell'art. 4 della l. n. 53 del 2000 ed dal d.m. 21 luglio 2000, n. 278 – applicabili, benché anteriori all'art. 42 citato, perché disciplinano tutta la materia dei congedi per cause particolari – dai quali emerge la necessità che il datore motivi l'eventuale diniego ed instauri il contraddittorio con il lavoratore in caso di reiterazione della domanda.

In tal modo si è espresso il giudice di legittimità in **Sez. L, n. 22928/2019, Negri della Torre, Rv. 655015-01**.

Nella specie, la S.C. ha confermato la legittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporta, escludendo lo scomputo di un periodo di congedo straordinario, autorizzato dall'Inps, ma senza che alcuna istanza fosse stata formulata al datore di lavoro.

9.8. Tredicesima e quattordicesima: modalità di calcolo nella contrattazione collettiva.

Ai fini della determinazione della base di calcolo per la tredicesima e la quattordicesima mensilità, l'art. 12 del c.c.n.l. Federambiente del 31 ottobre 1995, nel far riferimento alla retribuzione globale, ha incluso nel concetto di globalità tutte le

indennità a carattere fisso e continuativo, cui sono riconducibili anche le indennità di “maggiore produttività” e di “manutenzione vestiario”, senza prevedere alcuna esclusione diretta o indiretta (così **Sez. L, n. 21035/2019, Leo, Rv. 654804-01**).

9.9. Il trattamento di fine rapporto.

Quanto alla erogazione del tfr, in primo luogo va segnalato che, in piena conformità con l’orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità (cfr. sul punto, **Sez. L, n. 02728/2018, Blasutto, Rv. 64740002**, **Sez. L, n. 09695/2009, Bandini, Rv. 60798101**, nonché **Sez. L, n. 11995/2009, De Renzis, Rv. 57395901** e, prima ancora, **Sez. L, n. 08820/2018, Vaccaro, Rv. 48351501**), **Sez. L, n. 14510/2019, Amendola F., Rv. 653981-01**, ha riconfermato che il diritto al tfr sorge con la cessazione del rapporto di lavoro. Scrive la Cassazione, a tal riguardo: il diritto alla liquidazione del tfr, nonostante l’avvenuto accantonamento delle somme, non può ritenersi entrato nel patrimonio del lavoratore prima della cessazione del rapporto, sicché per il dipendente ancora in servizio costituisce un diritto futuro, la cui rinuncia è radicalmente nulla, per mancanza dell’oggetto, ai sensi dell’art. 1418, comma 2, e dell’art. 1325 c.c. In applicazione di detto principio, la S.C. ha quindi cassato la sentenza di merito che, con riguardo a un rapporto di lavoro cessato il 31 gennaio 2008, aveva ritenuto valida la rinuncia all’integrazione del tfr effettuata il 10 gennaio 2008 sul rilievo che vi fosse una “sostanziale contestualità” tra i due momenti.

Ne consegue che il termine iniziale di decorso della prescrizione del diritto al tfr va individuato nel momento in cui il rapporto di lavoro subordinato è cessato e non già in quello in cui sia stato accertato giudizialmente l’effettivo ammontare delle retribuzioni spettanti.

Vanno poi rammentate una pluralità di pronunzie che, avuto riguardo anche alla contrattazione collettiva di riferimento, si occupano di individuare la base per il calcolo del tfr.

In materia di tfr, l’art. 46 del c.c.n.l. Federambiente del 1995, si legge in **Sez. L, n. 26609/2019, Piccone, Rv. 655511-01**, prevede un’elencazione specifica – da ritenersi tassativa – delle voci retributive da computare nel tfr in deroga al principio di onnicomprensività *ex* art. 2120 c.c. (nel testo novellato dalla l. 29 maggio 1982, n. 297); pertanto, secondo il giudice di legittimità, in detta ipotesi va escluso il lavoro straordinario, non ricompreso fra le eccezioni nominativamente individuate in sede di contrattazione collettiva in modo chiaro ed univoco.

Quanto al tfr del personale direttivo delle aziende di credito, secondo **Sez. L, n. 03178/2019, Negri della Torre, Rv. 652911-01**, l’art. 94 del c.c.n.l. del 22 giugno 1995 si interpreta nel senso di escludere dalla “retribuzione annua di riferimento”,

per il calcolo del tfr, le voci indicate nell'art. 57 del medesimo contratto, fra cui quella relativa al contributo per l'alloggio nella sede di destinazione del dipendente trasferito.

Sempre della base di calcolo, nello specifico, del tfr e della pensione aziendale, si occupa **Sez. L, n. 12653/2019, Ghinoy, Rv. 653832-01**. Ai fini della determinazione del tfr e della pensione aziendale – che il datore di lavoro ha equiparato al trattamento pensionistico dei dipendenti degli enti locali – vanno inclusi nella base di calcolo, scrive il giudice di legittimità, anche gli emolumenti istituiti dalla contrattazione aziendale (dovendosi ritenere che i contratti aziendali possano rientrare tra i contratti collettivi di lavoro cui fa riferimento l'art. 15 della l. 5 dicembre 1959, n. 1077), in quanto corrisposti in modo fisso e continuativo in relazione alla natura del compenso, benché essi non siano previsti dalla contrattazione nazionale. Nella specie, applicando il sopracitato principio, la S.C. ha confermato la sentenza che aveva ammesso la computabilità, nella base di calcolo della pensione aziendale prevista dal contratto aziendale per i dipendenti dell'*ex* AMAN, della retribuzione in natura corrisposta al lavoratore ragguagliata al valore locativo dei beni immobili concessigli in godimento.

10. Responsabilità solidale del committente con l'appaltatore per il pagamento dei crediti retributivi. Individuazione della disciplina applicabile *ratione temporis*.

Sull'ambito di applicazione del regime di solidarietà, **Sez. L, n. 24375/2019, Tria, Rv. 655131-01**, ha chiarito che anche i contratti d'appalto stipulati dalle Aziende per l'edilizia residenziale pubblica – ancorché annoverabili tra gli “organismi di diritto pubblico”, *ex* art. 3 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice degli appalti pubblici) perché svolgono un servizio pubblico di interesse generale – rientrano nella disciplina *ex* art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, in quanto in base all'art. 9, comma 1, del d.l. n. 76 del 2013, conv. con modif. dalla l. n. 99 del 2013, le disposizioni di cui al citato art. 29, comma 2, non trovano applicazione esclusivamente in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle P.A. di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001.

Chiarisce la legge applicabile *ratione temporis*, **Sez. L, n. 04237/2019, Patti, Rv. 652890-01**, affermando che in tema di appalto di opere o di servizi, nella successione delle disposizioni diversamente regolanti, alla stregua di solidarietà in senso stretto ovvero sussidiaria (per la previsione di un beneficio di escussione), la responsabilità del committente imprenditore o datore di lavoro con l'appaltatore, ai sensi dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, si applica, per la sua natura sostanziale, il regime di solidarietà vigente al momento di assunzione dell'obbligazione, e, quindi, di insorgenza del credito del lavoratore.

In senso conforme il giudice di legittimità si è pronunciato anche con la successiva **Sez. L, n. 29629/2019, Patti, Rv. 655716-01**.

10.1. La responsabilità solidale del committente con il subfornitore.

Il committente è solidalmente responsabile per i crediti di lavoro dei dipendenti del subfornitore, alla luce di una interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 che, lungi dall'essere norma eccezionale, mira a disciplinare la responsabilità in tutte le ipotesi di dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione, assicurando in tal modo tutela omogenea a tutti quelli che svolgono attività lavorativa indiretta, qualunque sia il livello di decentramento (si veda in tal senso, **Sez. L, n. 25172/2019, Mancino, Rv. 655386-01**).

Del resto, nel medesimo senso si era già espressa in precedenza Sez. L, n. 16259/2018, Boghetich, Rv. 649350-01, riprendendo quanto già ritenuto da Sez. L, n. 24368/2017, Rivero, Rv. 646345-01, affermando che la tutela speciale prevista dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, così come modificato dall'art. 6, commi 1 e 2, del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, e dall'art. 1, comma 911, della l. 27 dicembre 2006, n. 296, si applica anche ai dipendenti del subappaltatore nei confronti del subcommittente o subappaltante, sia in base al criterio di interpretazione letterale, dacché il subappalto è un contratto meramente derivato dall'appalto, sia in considerazione della *ratio* della norma, intesa a garantire i lavoratori dal rischio di inadempimento dell'appaltatore, esigenza che ricorre identica nell'appalto e nel subappalto. Nella medesima ottica, **Sez. L, n. 27382/2019, D'Antonio, Rv. 655519-01**, ha ritenuto che sussiste la responsabilità solidale del committente per le omissioni contributive del subappaltatore anche ove sia stato convenuto il divieto di subappalto, considerato che l'obbligazione contributiva – derivante dalla legge e facente capo all'INPS – va tenuta distinta rispetto a quella retributiva in ragione della sua natura indisponibile e della sua commisurazione in base al cd. minimale contributivo, così da potersi affermare che la finalità di finanziamento della gestione assicurativa previdenziale pone una relazione immanente e necessaria tra la retribuzione dovuta secondo i parametri della legge previdenziale e la pretesa impositiva dell'ente preposto alla realizzazione della tutela previdenziale.

10.2. Responsabilità del committente in caso di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore.

In materia di appalto, l'apertura del procedimento fallimentare nei confronti dell'appaltatore non comporta l'improcedibilità dell'azione precedentemente esperita dai dipendenti nei confronti del committente, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del

2003, per il recupero dei loro crediti verso l'appaltatore-datore di lavoro, atteso che la previsione normativa di una tale azione risponde all'esigenza di sottrarre il soddisfacimento dei crediti retributivi al rischio dell'insolvenza del debitore e, d'altra parte, si tratta di un'azione "diretta", incidente direttamente sul patrimonio di un terzo (il committente) e solo indirettamente su un credito del debitore fallito, sì da doversi escludere che il conseguimento di una somma, che non fa parte del patrimonio del fallito, possa comportare un nocumento delle ragioni degli altri dipendenti dell'appaltatore, che fanno affidamento sulle somme dovute (ma non ancora corrisposte) dal committente per l'esecuzione dell'opera appaltata; né tale situazione suscita sospetti di incostituzionalità, con riferimento all'art. 3 Cost. (letto in corrispondenza del principio della *par condicio creditorum*), non essendo irrazionale una norma che accordi uno specifico beneficio a determinati lavoratori, anche rispetto ad altri, per l'attività lavorativa dai medesimi espletata e dalla quale un altro soggetto (il committente) abbia ricavato un particolare vantaggio.

In tal senso si è espressa **Sez. L, n. 06333/2019, Garri, Rv. 653177-01**, riprendendo quanto già sostenuto da Sez. 1, n. 00515/2016, Di Virgilio, Rv. 638262-01.

10.3. La nozione di "trattamenti retributivi" al fine della delimitazione della responsabilità solidale del committente.

Del significato da attribuire alla locuzione "trattamenti retributivi", si è interessata nell'anno in corso la Cassazione, al fine di delimitare l'area della responsabilità solidale del committente.

Ebbene, a tal fine, **Sez. L, n. 23303/2019, Garri, Rv. 655019-01**, muovendosi nel segno della continuità con la precedente Sez. L, n. 10354/2016, Patti, Rv. 639646-01, ha ritenuto che la locuzione "trattamenti retributivi" di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, dev'essere interpretata in maniera rigorosa, nel senso della natura strettamente retributiva degli emolumenti che il datore di lavoro risulti tenuto a corrispondere ai propri dipendenti, con conseguente esclusione del valore dei pasti allorché il servizio mensa rappresenti un'agevolazione di carattere assistenziale, anziché un corrispettivo obbligatorio della prestazione lavorativa, per la mancanza di collegamento causale tra l'utilizzazione della mensa ed il lavoro svolto, sostituendosi ad esso un nesso meramente occasionale con il rapporto. Nella specie, la S.C., con riferimento agli artt. da 63 a 78 del c.c.n.l. attività ferroviarie del 16 aprile 2003, ha cassato, sul punto, la sentenza di appello, escludendo che rientrassero nella retribuzione le somme per buoni pasto. Nella conforme sentenza del 2016, innanzi citata, ha affermato il medesimo principio, con maggiore ampiezza in relazione alla concreta fattispecie che veniva in rilievo, escludendo che rientrassero nella

retribuzione le somme per buoni pasto ed indennità sostitutiva delle ferie, ritenendo, viceversa, rientrarvi gli importi ROL per riduzione dell'orario di lavoro.

Va rammentata anche **Sez. L, n. 28517/2019, Patti, Rv. 655609-01**, che, in tema di responsabilità solidale del committente con l'appaltatore di servizi, simmetricamente afferma che la locuzione "trattamenti retributivi", contenuta nell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, deve essere interpretata in maniera restrittiva, nel senso della natura strettamente retributiva degli emolumenti che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere ai propri dipendenti, con conseguente esclusione delle somme liquidate a titolo di risarcimento del danno per illegittima riduzione dell'orario lavorativo da parte dell'imprenditore.

In armonia con questo orientamento, da ultimo, **Sez. L, n. 33407/2019, Tricomi I., Rv. 656308-01** ritiene l'azione dei dipendenti dell'appaltatore nei confronti del committente di cui all'art. 1676 c.c. non può avere ad oggetto le somme liquidate a titolo di risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, in quanto essa riguarda solo il credito maturato dal lavoratore in forza dell'attività svolta per l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio oggetto dell'appalto, in coerenza con la *ratio* della norma di determinare l'indisponibilità del credito dell'appaltatore-datore di lavoro nei confronti del committente, al fine di garantire i lavoratori che hanno prestato la loro opera per l'esecuzione dell'appalto, sicché quando essi si rivolgono al committente questi diviene loro diretto debitore, in solido con l'appaltatore, fino alla concorrenza del debito per il corrispettivo dell'appalto.

Sez. L, n. 25679/2019, Ghinoy, Rv. 655389-01, poi, si occupa dei premi INAIL, in relazione ai quali, la S.C. ha affermato che la responsabilità solidale del committente, prevista dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, copre anche detti premi, dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, anche per il periodo anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 5 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 35 del 2012.

In limine, va rammentata anche **Sez. L, n. 06333/2019, Garri, Rv. 653177-03**, sempre in tema di appalto, che afferma che le quote di trattamento di fine rapporto relative ai periodi di esecuzione dell'appalto devono essere incluse nei trattamenti retributivi del cui pagamento il committente è solidalmente responsabile ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 276 del 2003, attesa la natura di retribuzione differita.

10.4. Ambito di applicazione del regime decadenziale.

In ordine all'ambito di applicazione del regime di decadenza biennale previsto dall'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, nella versione anteriore alle modifiche apportate dal d.l. n. 5 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 35 del 2012, **Sez. L, n. 18004/2019, Calafiore, Rv. 654482-01**, ha affermato che l'azione promossa dagli

enti previdenziali nei confronti del committente è soggetta al solo termine di prescrizione, sicché nei loro confronti non è applicabile il termine decadenziale.

11. Prerogative sindacali: trattative per la stipula dei c.c.n.l. e partecipazione delle oo.ss.

La S.C. in **Sez. L, n. 20036/2019, Bellè, Rv. 654742-01**, afferma che il godimento delle prerogative sindacali sui luoghi di lavoro è conseguenza, secondo un principio comune all'ordinamento privatistico (art. 19 della l. n. 300 del 1970, quale integrato da Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231) ed a quello pubblicistico (art. 42 del d.lgs. n. 165 del 2001), della partecipazione delle organizzazioni sindacali alle trattative per la stipula dei contratti collettivi da applicare presso le unità produttive o le strutture interessate. In applicazione, del sovraesposto principio, ritiene, quindi, che la legislazione regionale sarda vada interpretata nel senso, che hanno diritto a partecipare alle trattative per la stipula dei contratti regionali integrativi per l'Ente Foreste, di cui all'art. 9 della l.r. Sardegna n. 24 del 1999, come modificato dall'art. 6 della l.r. Sardegna n. 12 del 2002, e quindi a godere delle conseguenti prerogative sindacali, le organizzazioni che risultino munite della rappresentatività, nel comparto destinato da tale legislazione al predetto Ente, nella misura minima del 5% stabilita dall'art. 60 della l.r. Sardegna n. 31 del 1998, in armonia anche con l'effettività del pluralismo sindacale (art. 39 Cost.), oltre che in conformità alle esigenze di coerenza tra ordinamento nazionale ed ordinamenti regionali a statuto speciale (art. 116 Cost. e art. 3 dello Statuto Speciale per la Sardegna).

11.1. Permessi sindacali.

Si occupa dei permessi sindacali, con particolare riferimento al tema di utilizzazione degli stessi e dei suoi limiti, **Sez. L, n. 04943/2019, Balestrieri, Rv. 652916-01**, secondo il cui insegnamento, i permessi sindacali retribuiti previsti dall'art. 30 st.lav. per i dirigenti provinciali e nazionali delle organizzazioni sindacali possono essere utilizzati soltanto per la partecipazione a riunioni degli organi direttivi, come risulta dal raffronto con la disciplina dei permessi per i dirigenti interni, collegati genericamente all'esigenza di espletamento del loro mandato, e come è confermato, dalla possibilità per i dirigenti esterni di fruire dell'aspettativa sindacale; ne consegue che l'utilizzo per finalità diverse dei permessi, comportando una assenza del dipendente da cui deriva una mancanza della prestazione per causa a lui imputabile, può giustificare la risoluzione del rapporto.

11.2. Repressione della condotta antisindacale.

Sez. L, n. 13860/2019, Ponterio, Rv. 653843-01, affronta i profili relativi alla effettività della elisione della condotta antisindacale nel caso di esaurimento della singola azione lesiva del datore.

A tal proposito, afferma che in tema di repressione della condotta antisindacale, ai sensi dell'art. 28 st.lav., il solo esaurirsi della singola azione lesiva non può precludere l'ordine del giudice di cessazione del comportamento illegittimo ove questo, alla stregua di una valutazione globale non limitata ai singoli episodi, risulti tuttora persistente e idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo, sia per la sua portata intimidatoria, sia per la situazione di incertezza che ne consegue, suscettibile di determinare in qualche misura una restrizione o un ostacolo al libero esercizio dell'attività sindacale. In applicazione del principio innanzi enunciato, la S.C. ha quindi ritenuto che la lesione dell'immagine del sindacato – prodotta dal mancato avvio della procedura preventiva di consultazione prevista, in relazione al problema delle eccedenze di personale, da una disposizione collettiva – non fosse destinata ad esaurirsi in modo istantaneo o in correlazione con i licenziamenti, avendo idoneità a produrre effetti duraturi e a rendere quindi attuale la condotta antisindacale.

11.3. Limiti alla configurabilità del demansionamento in caso di sciopero (rinvio al 4.1).

In **Sez. L, n. 08670/2019, Blasutto, Rv. 653214-01**, come si è già visto, si esclude la possibilità di configurare il demansionamento, in caso di sciopero, se le inferiori mansioni assegnate sono solo marginali, accessorie e complementari e, quindi, anche l'antisindacalità della condotta datoriale che non risulta lesiva dell'interesse collettivo del sindacato.

11.4. La rilevanza della condotta datoriale di trattenimento dei contributi sindacali.

Sez. L, n. 24612/2019, Negri della Torre, Rv. 655309-01, valuta la rilevanza della condotta di trattenimento dei contributi sindacali operata dal datore, sottolineandone, oltre che la rilevanza sul piano civilistico, trattandosi di inadempimento, anche l'antisindacalità.

I lavoratori, nell'esercizio della autonomia privata e mediante la cessione del credito in favore del sindacato, possono chiedere al datore di lavoro di trattenere sulla retribuzione i contributi sindacali da accreditare; il rifiuto ingiustificato del datore di lavoro di effettuare tali versamenti integra inadempimento rilevante sotto il profilo civilistico e costituisce condotta antisindacale, poiché limita il diritto dei

lavoratori di scegliere lo strumento più utile per partecipare all'attività dei sindacati e priva gli stessi della possibilità di percepire, con regolarità, la fonte primaria di sostentamento per la loro attività, ponendoli in una situazione di debolezza verso il datore di lavoro e le altre organizzazioni sindacali

Il pensiero della S.C. è in consonanza con quanto già ritenuto in Sez. L, n. 21368/2008, Picone, Rv. 604711-01.

12. Le dimissioni del lavoratore: la rilevanza della incapacità naturale ed il risarcimento del danno.

Ebbene, la particolare tutela del lavoratore, parte debole del rapporto, ha stimolato un approfondimento del giudice di legittimità, anche con riguardo alle ipotesi in cui occorra verificare se il recesso dal rapporto di lavoro ad opera del prestatore sia stato reso in stato di incapacità naturale ed alle conseguenze di detto accertamento.

In caso di annullamento delle dimissioni rassegnate dal lavoratore subordinato, nella specie perché in stato di incapacità naturale, Sez. L, n. 21701/2018, De Felice, Rv. 65025701, ha affermato che le retribuzioni spettano dalla data della sentenza che dichiara l'illegittimità delle stesse, in quanto il principio secondo cui l'annullamento di un negozio giuridico ha efficacia retroattiva non comporta anche il diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate dalla data delle dimissioni a quella della riammissione al lavoro, stante la natura sinallagmatica del rapporto, sicché, salvo espressa diversa previsione di legge, la retribuzione non è dovuta in mancanza della prestazione.

Tale pronunzia si pone in continuità con quanto già ritenuto da Sez. L, n. 22063/2014, Berrino, Rv. 632901-01, ma in contrasto con Sez. L, n. 08886/2010, Curzio, Rv. 612956-01.

Nella decisione del 2010, poco innanzi citata, la S.C. ha infatti ritenuto che in caso di dimissioni presentate dal lavoratore in stato di incapacità naturale, il diritto a riprendere il lavoro sorge proprio con la sentenza di annullamento ai sensi dell'art. 428 c.c., i cui effetti retroagiscono al momento della domanda giudiziaria in applicazione del principio generale secondo cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vincitrice. Ne consegue che anche il diritto alle retribuzioni maturate sorge solo dalla data della domanda giudiziale, dovendosi escludere che l'efficacia totalmente ripristinatoria dell'annullamento del negozio unilaterale risolutivo del rapporto di lavoro si estenda al diritto alla retribuzione che, salvo diversa espressa eccezione di legge, non è dovuta in mancanza dell'attività lavorativa.

Ebbene, nell'anno 2019 la S.C. sembra aver nuovamente preso a seguire l'orientamento inaugurato da Sez. L, n. 08886/2010, Curzio, Rv. 612956-01.

Nel valutare le conseguenze dell'annullamento delle dimissioni del lavoratore perché rassegnate in stato di incapacità naturale, il giudice di legittimità ha infatti ritenuto che la condanna della società datrice al pagamento a titolo risarcitorio delle retribuzioni vada effettuata con riferimento al periodo intercorrente dalla proposizione della domanda di annullamento fino a quello di effettiva riammissione. In tal senso si è pronunciata **Sez. L, n. 04232/2019, Patti, Rv. 652889-01**, affermando che in caso di annullamento, *ex* art. 428 c.c., delle dimissioni presentate dal lavoratore in stato di incapacità naturale, le conseguenze risarcitorie decorrono dalla data della domanda giudiziaria, secondo il principio generale per cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vincitrice.

Tale arresto è seguito, sempre nel 2019, dalla successiva conforme **Sez. L, n. 16998/2019, Marotta, Rv. 654362-01**.

12.1. Dimissioni e licenziamento.

Rinviando, poi, per le questioni che attengono alla verifica della sussistenza di ipotesi di licenziamento allo specifico capitolo della rassegna sul tema (par. 2.5.), vanno comunque ricordate anche in questa sede **Sez. L, n. 03822/2019, Amendola F., Rv. 652914-01**, nonché, per altro profilo, **Sez. L, n. 16176/2019, Bellè, Rv. 654149-01**.

Nella prima pronunzia si sottolinea come, incomba sul lavoratore che impugni il licenziamento, allegandone l'intimazione senza l'osservanza della forma scritta, l'onere di provare, quale fatto costitutivo della domanda, che la risoluzione del rapporto è ascrivibile alla volontà datoriale, seppur manifestata con comportamenti concludenti, non essendo sufficiente la prova della mera cessazione dell'esecuzione della prestazione lavorativa.

Nella seconda si evidenzia, invece, che in caso di dimissioni volontarie rese dalla lavoratrice nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento, ella ha comunque diritto, a norma dell'art. 55 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, alle indennità previste dalla legge o dal contratto per il caso di licenziamento, ivi compresa l'indennità sostitutiva del preavviso, indipendentemente dal motivo delle dimissioni e, quindi, anche nell'ipotesi in cui esse risultino preordinate all'assunzione della lavoratrice alle dipendenze di altro datore di lavoro.

12.2. La forma del recesso del lavoratore.

Quanto alla forma delle dimissioni, **Sez. L, n. 25583/2019, Blasutto, Rv. 655387-01**, in continuità con quanto già ritenuto da Sez. L, n. 05454/2011, Rv.

616276-01, afferma la libertà delle forme. Nello specifico, ritiene che le dimissioni del lavoratore, se non è prevista alcuna forma convenzionale, possono essere desunte da dichiarazioni o comportamenti, anche omissivi, che, interpretati alla luce dei principi dell'affidamento, inequivocabilmente manifestino l'intento di recedere dal rapporto, come nel caso in cui il prestatore si sia allontanato dal posto di lavoro e non si sia più presentato per diversi giorni o si sia reso inadempiente alle obbligazioni del rapporto lavorativo.

Per affinità con le questioni trattate va infine ricordata **Sez. L, n. 21297/2019, Tricomi I., Rv. 654999-01**, in tema di recesso volontario del lavoratore e procedura di convalida di cui all'art. 4, commi da 16 a 22, della l. n. 92 del 2012 per il cui esame si fa rinvio alla parte della rassegna dedicata al lavoro pubblico (v. par. 9).

13. Il recesso datoriale per sopraggiunti limiti di età del prestatore. La forma.

Nell'ambito del lavoro privato, altra possibile causa di risoluzione del rapporto è il raggiungimento dei limiti di età.

In tale ipotesi, qualora il datore di lavoro voglia recedere dal rapporto è tenuto a comunicarlo per iscritto al prestatore, con l'osservanza dei termini di preavviso, atteso che il compimento dell'età pensionabile o il raggiungimento dei requisiti per l'attribuzione del diritto al trattamento pensionistico di vecchiaia da parte del lavoratore, determinano soltanto il venir meno del regime di stabilità del rapporto, con conseguente recedibilità *ad nutum* dallo stesso, ma non anche l'automatica estinzione dello stesso che, in assenza di un valido atto risolutivo del datore di lavoro, è destinato a proseguire, con diritto del lavoratore alla retribuzione, anche successivamente al compimento del sessantacinquesimo anno di età (si veda al riguardo, **Sez. L, n. 00521/2019, Ponterio, Rv. 652227-01**; sul tema v. anche il capitolo sul licenziamento, par. 2.13).

14. Lo sciopero nei servizi di sicurezza aeroportuale.

Nella dinamica del rapporto di lavoro, com'è noto, i lavoratori per far valere i propri interessi/diritti possono avvalersi dello strumento dello sciopero, il cui esercizio va tuttavia temperato con beni interessi di maggiore rilevanza costituzionale, quali la vita e la sicurezza delle persone.

A tal riguardo pare importante ricordare la disciplina legislativa del diritto di sciopero contenuta nella l. 15 giugno del 1990, n. 146, che regola, appunto, il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, salvaguardando i diritti della persona costituzionalmente tutelati.

Sez. L, n. 24633/2019, Blasutto, Rv. 655179-01, si occupa, appunto, di delimitare la nozione di servizi pubblici essenziali.

I servizi di sicurezza aeroportuale, sebbene non espressamente citati nell'elenco non tassativo contenuto nell'art. 1, comma 2, della l. n. 146 del 1990, in quanto funzionali alla tutela di beni di ancor maggior rilievo costituzionale quali la vita e la sicurezza delle persone, rientrano nell'ambito dei servizi pubblici essenziali e il diritto di sciopero che interessa tali servizi è esercitato nel rispetto di misure dirette a consentire l'erogazione delle prestazioni indispensabili per garantire le finalità di cui al suindicato comma 2, con esclusione delle procedure di raffreddamento e conciliazione, nei termini previsti dalla regolamentazione provvisoria del trasporto aereo.

15. Gli effetti del contratto collettivo senza durata predeterminata.

La contrattazione collettiva costituisce lo strumento principe, entro i confini lasciati dal legislatore, per disciplinare i rapporti di lavoro.

Nel corso dell'anno appena trascorso la S.C. se ne è occupata allo scopo di verificare gli effetti del contratto collettivo privo di termini di durata.

A tal proposito, **Sez. L, n. 23105/2019, Curcio, Rv. 655017-01**, in continuità con quanto già affermato da Sez. L, n. 18545/2009, Di Cerbo, Rv. 609880-01, ha ritenuto che, qualora il contratto collettivo non abbia un predeterminato termine di efficacia, non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti.

Ad opinare diversamente, aggiunge il giudice di legittimità, si finirebbe per vanificarsi la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina, da sempre modellata su termini temporali non eccessivamente dilatati, deve parametrarsi su una realtà socio-economica in continua evoluzione, sicché a tale contrattazione va estesa la regola, di generale applicazione nei negozi privati, secondo cui il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, che risponde all'esigenza di evitare – nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto – la perpetuità del vincolo obbligatorio.

Ne consegue che, in caso di disdetta del contratto, i diritti dei lavoratori, derivanti dalla pregressa disciplina più favorevole, sono intangibili solo in quanto siano già entrati nel patrimonio del lavoratore quale corrispettivo di una prestazione già resa o di una fase del rapporto già esaurita, e non anche quando vengano in rilievo delle mere aspettative sorte alla stregua della precedente più favorevole regolamentazione.

16. La questione di costituzionalità della retrocessione per gli agenti autoferrotranviari.

Da ultimo va ricordato che **Sez. L, con ordinanza interlocutoria n. 13525/2019, De Gregorio**, ha sollevato questione di legittimità costituzionale della sanzione della retrocessione, prevista dagli artt. 37, 44, 55, all. A, del r.d. n. 148 del 1931 per gli agenti autoferrotranviari, con riferimento ai parametri di cui agli artt. 1, 2, 3, 4, 35 e 36 Cost.

CAPITOLO XVIII

IL LAVORO FLESSIBILE

(DI ILEANA FEDELE)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Lavoro flessibile e precario. - 3. Il contratto di lavoro a tempo determinato. - 3.1. Le causali giustificative dell'apposizione del termine e l'onere di sufficiente specificazione delle stesse. - 3.2. L'assunzione a termine nel settore postale e aereo. - 3.3. L'assunzione a termine secondo il codice della navigazione. - 3.4. L'assunzione a termine dei lavoratori disabili. - 3.5. L'assunzione a termine delle fondazioni lirico-sinfoniche. - 3.6. Limiti di applicabilità della disciplina straniera meno favorevole. - 3.7. Divieti alla stipula del contratto a tempo determinato: il documento di valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori. - 3.8. Rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità del termine. - 3.9. Impugnazione giudiziale ed efficacia *ex tunc* della sentenza dichiarativa della nullità dell'apposizione del termine. - 3.10. Vicende successive all'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del termine: ripristino del rapporto e trasferimento di sede. - 3.11. Regime prescrizione dei crediti. - 3.12. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato. - 4. La somministrazione di lavoro. - 4.1. La somministrazione a tempo indeterminato. - 4.2. L'indicazione della causale posta a giustificazione della somministrazione a tempo determinato. - 4.3. Condizioni per la prorogabilità del termine. - 4.4. Costituzione giudiziale del rapporto con l'utilizzatore e novazione. - 4.5. Legittimazione degli enti previdenziali. - 4.6. Decadenza dall'impugnazione. - 5. Il contratto di lavoro a progetto. - 6. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. - 7. L'indennità *ex art.* 32 della l. n. 183 del 2010. - 8. Contratto di lavoro a tempo parziale. - 9. Altre forme contrattuali flessibili: il lavoro intermittente. - 10. Appalto genuino e fenomeni interpositori. - 10.1. La responsabilità del committente *ex artt.* 2087 c.c. e 29 del d.lgs. n. 276 del 2003: rinvio. - 11. Cessione di azienda. - 11.1. Ambito di applicazione ed effetti della disciplina *ex art.* 2112 c.c. - 11.2. Conseguenze della declaratoria di nullità della cessione. La questione della detraibilità dell'*aliunde perceptum*.

1. Premessa.

La disciplina del lavoro flessibile - considerato nell'ottica del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, come uno strumento atto a favorire le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione - è stata di recente nuovamente oggetto dell'attenzione del legislatore (con il d.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. con modif. in l. 9 agosto 2018, n. 96, cd. "decreto dignità") per rivisitare, in senso più vincolistico, le principali forme contrattuali, vale a dire il contratto a tempo determinato e la somministrazione di lavoro.

Nel rinviare alla rassegna dello scorso anno per la sintetica esposizione delle principali novità conseguenti al cd. decreto dignità, si procederà di seguito alla disamina delle pronunce emesse nell'anno 2019 sul lavoro a termine - per contiguità verranno qui trattate anche quelle riferite al rapporto di lavoro pubblico privatizzato - ed interinale. Si darà pure conto delle decisioni intervenute sulle ulteriori forme contrattuali flessibili, fra queste includendo anche quelle in tema di lavoro a tempo parziale, nel quale la flessibilità concerne l'orario di lavoro. Nell'ambito del presente capitolo verranno altresì trattate le pronunce relative all'appalto di manodopera - come flessibilità che attiene all'organizzazione imprenditoriale - ed alla individuazione della linea di discriminazione rispetto ai fenomeni (vietati) di

interposizione. Infine, si procederà alla disamina delle decisioni in tema di trasferimento di azienda, intese alla verifica delle vicende circolatorie del rapporto ed alla corretta individuazione del datore di lavoro.

2. Lavoro flessibile e precario.

Il tema del lavoro flessibile, inteso in senso ampio, continua ad essere di primario interesse nell'ambito del contenzioso giuslavoristico, registrandosi, ad ogni buon conto, una sensibile diminuzione delle pronunce relative al contratto a tempo determinato ed un correlato incremento di quelle sulla somministrazione, anche a tempo indeterminato.

Rimane centrale, poi, la questione dell'ambito di applicazione dell'indennità già prevista dall'art. 32 della l. 4 novembre 2010, n. 183, tanto da meritare ormai una trattazione autonoma, trattandosi di istituto progressivamente esteso a tutti i casi di conversione in rapporto a tempo indeterminato e, dunque, non più ristretto alla sola figura del contratto a termine.

Infine, una crescente attenzione è da riservare alle decisioni sulla legittimità delle scelte organizzative datoriali di esternalizzazione dei processi produttivi, attraverso la stipula di contratti di appalto di servizi ovvero cessioni di rami aziendali.

3. Il contratto di lavoro a tempo determinato.

Nel corso del 2019, accanto alla ormai inveterata questione relativa all'apprezzamento delle ragioni giustificative del termine – questione invero destinata ad assumere nuovo peso in esito alle modifiche restrittive apportate sul punto dal cd. decreto dignità – la Corte è tornata ad occuparsi della specifica disciplina sulle fondazioni liriche sinfoniche, oltre che delle caratteristiche dell'azione di nullità del termine e dei conseguenti riflessi sul ripristino del rapporto di lavoro in esito alla declaratoria di illegittima apposizione del termine.

3.1. Le causali giustificative dell'apposizione del termine e l'onere di sufficiente specificazione delle stesse.

In continuità con il consolidato indirizzo sul punto (v., di recente Sez. L, n. 00208/2015, Balestrieri, Rv. 634001-01), **Sez. L, n. 00840/2019, Boghetich, Rv. 652564-01**, ha ribadito che il datore di lavoro ha l'onere di indicare in modo circostanziato e puntuale, al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità delle ragioni appositive del termine nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto, le circostanze che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle esigenze del datore di lavoro, nell'ambito di un determinato

contesto aziendale, la prestazione a tempo determinato, in modo da palesare la specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata a realizzare, nonché l'utilizzazione del lavoratore assunto esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata ed in stretto collegamento con la stessa. Nel caso esaminato dalla Corte, è stato ritenuto positivamente assolto tale onere rispetto ad un dipendente RAI, nel cui contratto a termine era contenuta un'indicazione puntuale della particolare attività richiesta al lavoratore nell'ambito del determinato contesto aziendale rappresentato dalla produzione televisiva.

E' stata altresì ritenuta sufficientemente specifica la causale giustificativa che faccia riferimento a “picchi produttivi” ove accompagnata da altri dati di conoscenza che consentano l'individuazione della ragione organizzativa ed il controllo della sua effettività, nonché il nesso con la specifica assunzione a termine (**Sez. L, n. 00077/2019, Amendola F., Rv. 652447-01**); da rilevare che la fattispecie positivamente scrutinata dalla Corte concerneva un'ipotesi in cui l'intensificazione dell'attività dipendeva da commesse relative al porto di Gioia Tauro e l'apposizione del termine – richiamata la previsione dell'art. 61 del c.c.n.l. per i lavoratori dei porti – era stata suffragata dalla natura delle mansioni affidate e dal luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, nonché dalla durata di essa.

Quanto, poi, alla causale sostitutiva, è stata reputata sufficiente l'indicazione nominativa del lavoratore da sostituire, mentre non rileva la variazione dei motivi connessi all'assenza del prestatore, come nel caso di sostituzione dapprima cagionata dalla maternità e di poi proseguita per la fruizione di ferie (**Sez. L, n. 24765/2019, De Gregorio, Rv. 655312-01**).

3.2. L'assunzione a termine nel settore postale ed aereo.

La S.C. ha continuato ad occuparsi della speciale fattispecie di cui all'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368 del 2001, ribadendone la piena legittimità, anche sul piano della conformità all'ordinamento europeo, con particolare riferimento alla clausola di non regresso di cui all'art. 8 della direttiva 1999/70/CE, sul rilievo – mutuato dalla Corte di giustizia UE (C-20/10, *Vino*) – che la normativa in questione persegue uno scopo distinto da quello dell'attuazione, nell'ordinamento nazionale, dell'accordo quadro di cui alla predetta direttiva, essendo finalizzata, piuttosto, a consentire alle imprese operanti nel settore postale un certo grado di flessibilità (**Sez. L, n. 16835/2019, Curcio, Rv. 654360-02**).

Per il settore aereo, in coerenza con la “acausalità” del termine prevista dalla specifica disciplina di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 368 del 2001, è stato escluso

che la proroga del contratto richieda l'indicazione di una ragione giustificativa (**Sez. L, n. 07604/2019, Cinque, Rv. 653176-01**).

3.3. L'assunzione a termine secondo il codice della navigazione.

Nel periodo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 84 del 1986, in tema di assunzione di personale a termine nelle aziende di trasporto aereo ed esercenti servizi aeroportuali, la disciplina dettata dall'art. 902 cod. nav. per il personale di volo prevede la specialità delle esigenze come unica condizione di legittimità per l'apposizione del termine, specialità che è stata ravvisata dalla Corte nel caso del rapporto dirigenziale, caratterizzato da un profilo fiduciario, che giustifica una regolazione differenziata rispetto all'ordinario rapporto di lavoro, in particolare con riferimento alla recedibilità *ad nutum* (**Sez. L, n. 21318/2019, Pagetta, Rv. 655000-01**).

3.4. L'assunzione a termine dei lavoratori disabili.

Sulle condizioni per l'assunzione a tempo determinato dei lavoratori disabili, **Sez. L, n. 18192/2019, Ciriello, Rv. 654483-01**, nel ribadire l'indirizzo assunto da Sez. L, n. 17867/2016, Bronzini, Rv. 641140-01, in ordine alla necessità di indicare nel contratto di lavoro le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano l'apposizione del termine, ha affermato la legittimità dei contratti rientranti nelle previsioni di cui alle convenzioni disciplinate dall'art. 11 della l. n. 68 del 1999, volte a favorire l'inserimento lavorativo dei disabili ed a disciplinare le modalità di assunzione che il datore di lavoro si impegna ad effettuare.

3.5. L'assunzione a termine delle fondazioni lirico-sinfoniche.

Con riferimento alle assunzioni a termine del personale artistico e tecnico delle fondazioni lirico-sinfoniche, **Sez. L, n. 06679/2019, Piccone, Rv. 653197-01**, ha chiarito che le particolari esigenze connesse alla rappresentazione di uno spettacolo, se pure giustificano il divieto di conversione previsto dall'art. 11, comma 4, del d.lgs. n. 368 del 2001 nell'ipotesi di proroga o successione di contratti a tempo determinato, non escludono la necessità, predicata pure dalla Corte di giustizia UE (25 ottobre 2018, causa C-331/2017, *Sciotto*), di valutare in modo rigoroso le ragioni obiettive poste a fondamento del primo contratto *ex art. 1* del citato decreto, la cui mancanza determina l'illegittimità della clausola di apposizione del termine e la conversione in un rapporto a tempo indeterminato. In particolare, la Corte ha censurato il giudice di merito per non avere adeguatamente motivato in ordine alla verifica delle suddette ragioni obiettive nell'ipotesi di una violinista assunta a termine in relazione a una serie

limitata di spettacoli, nominativamente individuati nell'ambito della programmazione stagionale, pur in presenza di un'occasione permanente di lavoro e di un'orchestra costituita da numerosi violinisti stabilmente assunti.

D'altro canto, **Sez. L, n. 06680/2019, Piccone, Rv. 653448-01** (in senso conforme **Sez. 6 - L, n. 32009/2019, Doronzo, Rv. 656114-01**), ha pure affermato che il divieto di procedere ad assunzioni a tempo indeterminato, *ex art. 1, comma 595, della l. n. 266 del 2005*, confermato dall'*art. 2, comma 392, della l. n. 244 del 2007*, nonché il disposto di cui all'*art. 11, comma 19, del d.l. n. 91 del 2013, conv. con modif. in l. n. 112 del 2013*, secondo cui il rapporto a tempo indeterminato presso le suddette fondazioni è instaurato esclusivamente a mezzo di apposite procedure selettive pubbliche, non si applicano, in mancanza di una esplicita previsione di retroattività, alle conversioni giudiziali di contratti a tempo determinato conclusi in epoca anteriore alla data di entrata in vigore delle rispettive normative.

Sulla stessa linea, **Sez. 6 - L, n. 32150/2019, Doronzo, Rv. 656115-01**, ha escluso l'applicazione retroattiva della disciplina contenuta nel *d.l. n. 59 del 2019, conv. con modif. in l. n. 81 del 2019*, recante misure urgenti in materia di personale delle fondazioni lirico-sinfoniche, in ragione del principio generale di irretroattività della legge, che non viene derogato da alcuna disposizione della predetta normativa.

3.6. Limiti di applicabilità della disciplina straniera meno favorevole.

Sul piano dell'individuazione della disciplina applicabile, **Sez. L, n. 22932/2019, Cinque, Rv. 655016-01**, ha affermato che la disciplina straniera, sebbene richiamata dalle parti quale *lex contractus*, non può trovare applicazione se meno favorevole per il lavoratore rispetto alla legge italiana applicabile quale *lex fori*, determinandosi, in caso contrario, la violazione del limite dell'ordine pubblico internazionale nella cui nozione, anche in considerazione della normativa dell'Unione Europea, rientrano la centralità dell'impiego stabile e la limitazione all'utilizzo del lavoro precario. Va evidenziato che il caso esaminato dalla Corte era assoggettato *ratione temporis* alla disciplina prevista dalla *l. n. 230 del 1962* che, com'è noto, non consentiva, contrariamente alla legge inglese richiamata dalle parti, la acausalità e la reiterazione di contratti a termine.

3.7. Divieti alla stipula del contratto a tempo determinato: il documento di valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori.

Quanto alle conseguenze derivanti dalla violazione degli specifici divieti posti dalla disciplina generale in ordine alla stipula dei contratti a termine, **Sez. L, n. 21683/2019, Patti, Rv. 654823-01**, ha sottolineato il carattere imperativo dell'*art. 3 del d.lgs. n. 368 del 2001*, che sancisce il divieto di stipulare contratti di lavoro

subordinato a termine per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, con la conseguenza che, ove il datore di lavoro non provi di aver provveduto alla valutazione dei rischi prima della stipulazione, la clausola di apposizione del termine è nulla e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. Nondimeno, una volta avvenuta la produzione del documento in questione da parte del datore di lavoro, è onere del lavoratore allegare, in primo grado anche in replica alla produzione avversaria, gli elementi da cui desumere l'inadeguatezza di tale documento, costituente fatto costitutivo della domanda (**Sez. L, n. 16835/2019, Curcio, Rv. 654360-01**).

3.8. Rilevabilità d'ufficio delle cause di nullità del termine.

In piena continuità con Sez. L, n. 20388/2018, Negri della Torre, Rv. 650120-01, **Sez. L, n. 08914/2019, Arienzo, Rv. 653218-01**, ha ribadito che il giudice cui sia proposta domanda di accertamento della nullità del termine ha, previa instaurazione del contraddittorio sul punto, il potere-dovere di dichiarare detta nullità anche per motivi diversi da quelli allegati dalla parte, rilevandoli d'ufficio (nella specie, per mancanza del documento di valutazione dei rischi rispetto alle censure di violazione della clausola di contingentamento e contrarietà all'ordinamento europeo poste dal lavoratore a fondamento del ricorso), salvo che si tratti di nullità a regime speciale.

3.9. Impugnazione giudiziale ed efficacia *ex tunc* della sentenza dichiarativa della nullità dell'apposizione del termine.

Sez. L, n. 08385/2019, Blasutto, Rv. 653208-01, ha precisato che la sentenza che accerta la nullità della clausola appositiva del termine e ordina la ricostituzione del rapporto illegittimamente interrotto – cui è connesso l'obbligo del datore di riammettere in servizio il lavoratore – ha natura dichiarativa e non costitutiva, con conseguente effetto *ex tunc* della conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato dalla illegittima stipulazione del contratto a termine; non può, dunque, configurarsi un recesso datoriale *ante tempus* in costanza di un rapporto di lavoro a tempo determinato, mentre l'indennità *ex art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010*, ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore (comprese le conseguenze retributive e contributive) per il periodo fra la scadenza del termine e la pronuncia giudiziale di ricostituzione del rapporto di lavoro.

3.10. Vicende successive all'accertamento giudiziale dell'illegittima apposizione del termine: ripristino del rapporto e trasferimento di sede.

In continuità con Sez. L, n. 20745/2018, Marotta, Rv. 650125-01, **Sez. L, n. 11180/2019, Curcio, Rv. 653624-01**, ha affermato che nell'ipotesi di accertamento della nullità del termine apposto al contratto di lavoro, il datore di lavoro è tenuto a riammettere in servizio il lavoratore nelle precedenti condizioni di luogo e di mansioni, salvo adottare un provvedimento di trasferimento nel rispetto di quanto previsto dall'art. 2013 c.c; di conseguenza, il rifiuto del lavoratore di accettare il trasferimento in una sede diversa da quella originaria in assenza di ragioni obiettive che sorreggano detto provvedimento costituisce condotta inquadrabile in quella disciplinata dall'art. 1460 c.c. (sul tema più generale, relativo alla posizione del lavoratore raggiunto da un trasferimento o da un distacco illegittimi, si rinvia al capitolo sugli obblighi, responsabilità e diritti del datore e del prestatore di lavoro, par. 7.2.).

3.11. Regime prescrizione dei crediti.

In conformità a Sez. L, n. 22146/2014, Venuti, Rv. 633168-01, è stato ribadito che in caso di successione di due o più contratti di lavoro a termine legittimi, il termine di prescrizione dei crediti retributivi di cui agli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c., inizia a decorrere, per i crediti che sorgono nel corso del rapporto lavorativo, dal giorno della loro insorgenza e, per quelli che maturano alla cessazione del rapporto, a partire da tale momento, dovendo considerarsi autonomamente e distintamente i crediti scaturenti da ciascun contratto da quelli derivanti dagli altri, senza che possano produrre alcuna efficacia sospensiva della prescrizione gli intervalli di tempo tra i rapporti lavorativi, stante la tassatività delle cause sospensive previste dagli artt. 2941 e 2942 c.c., o possa ravvisarsi, in tali casi, il *metus* del lavoratore verso il datore che presuppone un rapporto a tempo indeterminato non assistito da alcuna garanzia di continuità (**Sez. L, n. 20918/2019, Di Paolantonio, Rv. 654798-02**). Va invece evidenziato che, nel caso di una serie di contratti di lavoro a tempo determinato, poi convertiti in un unico contratto a tempo indeterminato in conseguenza della ritenuta nullità dell'apposizione del termine, secondo Sez. L, n. 14827/2018, Di Paolantonio, Rv. 648911-01, la prescrizione dei crediti derivanti dal rapporto non decorre dalla scadenza dei singoli contratti a termine e resta sospesa sino alla cessazione del rapporto lavorativo, non rilevando che a seguito della conversione il rapporto medesimo risulti assistito dalla garanzia della stabilità reale.

3.12. Il lavoro a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato.

Con riferimento alle ipotesi derogatorie della disciplina generale, in ordine alla necessità di indicare nel contratto le ragioni giustificative dell'apposizione del termine, **Sez. L, n. 24490/2019, Bellé, Rv. 655133-01**, ha affermato che le cd. 'ordinanze libere' di cui all'art. 5 della l. n. 225 del 1992, qualora intendano derogare alle leggi vigenti, ai sensi del comma 5 del medesimo articolo, devono essere motivate e contenere l'indicazione esplicita delle norme derogate; pertanto, qualora riguardino l'assunzione di personale a tempo determinato, devono contenere l'espressa previsione di deroga alle norme che, di tempo in tempo, disciplinano le modalità di stipula dei relativi contratti di somministrazione o di lavoro sotto il profilo dell'indicazione delle causali giustificative, del regime delle proroghe, della durata massima e di ogni altro requisito richiesto a pena di nullità del contratto di somministrazione o del termine apposto al contratto di lavoro. Nel caso di specie, la Corte ha confermato la illegittimità dei contratti stipulati dal Ministero dell'interno in base alle ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri emesse ai sensi dell'art. 5, comma 2, della l. n. 225 del 1992, in relazione a ragioni di urgenza riconnesse alla gestione delle pratiche di immigrazione, proprio perché prive di specifica indicazione delle disposizioni che si assumevano derogate.

E' stato, inoltre, affermato il divieto di conversione del rapporto per i consorzi di bonifica della Regione Sicilia, osservandosi che la l.r. Sicilia n. 76 del 1995 non deroga al divieto di assunzione a tempo indeterminato dettato dall'art. 32 della l.r. n. 45 del 1995 ma si pone in linea di continuità sistematica con quest'ultima. In virtù di tale assunto, la Corte ha ritenuto che, in caso di violazione dei limiti posti dagli artt. 3 e 4 della l.r. n. 76 del 1995 per il ricorso al contratto a tempo determinato da parte dei consorzi di bonifica della Regione Sicilia, non è consentita la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, trovando invece applicazione l'art. 2126 c.c. per le prestazioni di fatto, nonché, in caso di abusivo ricorso all'apposizione del termine, la regola generale della responsabilità contrattuale posta dagli artt. 1218 e ss c.c. ed i principi affermati sul riconoscimento del cd. danno comunitario (**Sez. L, n. 00274/2019, Torrice, Rv. 652560-01**).

Quanto al contenzioso del settore scolastico, nel rinviare alla specifica trattazione contenuta nel capitolo dedicato al rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato, par. 11, ci si limita in questa sede a segnalare il principio espresso da **Sez. L, n. 15381/2019, Di Paolantonio, Rv. 654107-01**, sul tema della supplenza temporanea conferita dal dirigente scolastico per la sostituzione di personale ATA assente dal servizio e con espressa indicazione del termine finale: essa non può, ai sensi degli artt. 4 della l. n. 124 del 1999, 6 del d.m. n. 430 del 2000 e 44 del c.c.n.l. 29 novembre

2007 per il comparto della scuola, essere risolta anticipatamente a causa del decesso del dipendente sostituito verificatosi dopo il 31 dicembre dell'anno scolastico di riferimento, perché, da un lato, opera il principio generale secondo cui nel rapporto a termine, salva l'ipotesi di giusta causa, solo l'impossibilità sopravvenuta di ricevere la prestazione legittima lo scioglimento anticipato dal vincolo contrattuale, e perché, dall'altro lato, la vacanza verificatasi dopo la data sopra indicata non induce conseguenze quanto alle modalità di conferimento dell'incarico e di individuazione del contraente, restando l'incarico riconducibile alla *species* della supplenza temporanea.

4. La somministrazione di lavoro.

Nel 2019 sono intervenute diverse interessanti pronunce che hanno consentito di delineare meglio la figura della somministrazione di lavoro, anche a tempo indeterminato.

4.1. La somministrazione a tempo indeterminato.

Di particolare rilievo **Sez. L, n. 06870/2019, Rivero, Rv. 653203-01**, perché ha affrontato la figura della somministrazione a tempo indeterminato – rispetto alla quale non constano precedenti di legittimità – per affermare chiaramente che il rapporto di lavoro dipendente intercorre tra il lavoratore somministrato e l'agenzia che lo assume e retribuisce, per cui, sebbene la prestazione venga resa in concreto a beneficio dell'utilizzatore, il legame funzionale tra somministratore e lavoratore permane anche nei periodi tra una missione ed un'altra, ed il lavoratore ha diritto di percepire un compenso, cd. indennità di disponibilità, prevista dall'art. 22, comma 3, dello stesso decreto, che ha natura retributiva e trova la sua giustificazione causale nella messa a disposizione delle attitudini lavorative del somministrato in attesa di future utilizzazioni.

Sulla base di tali premesse, la Corte ha affermato il principio per cui al lavoratore somministrato a tempo indeterminato spetta l'assegno per il nucleo familiare (disciplinato dall'art. 2 del d.l. n. 69 del 1988, conv. con modif. dalla l. n. 153 del 1988) anche durante gli intervalli in cui, pur non prestando attività lavorativa per l'utilizzatore, percepisce dal somministratore l'indennità di disponibilità, proprio sul rilievo che, durante tali periodi non lavorati, il sinallagma funzionale del contratto di lavoro è attivo e permane l'obbligo, a carico del somministratore, di versamento dei contributi assicurativi sull'erogata indennità (**Sez. L, n. 06870/2019, Rivero, Rv. 653203-02**).

Sulla questione del licenziamento del lavoratore somministrato a tempo indeterminato – su cui pure sono intervenute importanti decisioni – si rinvia per

omogeneità di trattazione allo specifico capitolo dedicato al licenziamento (in particolare: parr. 2.7., 2.14., 2.18).

4.2. L'indicazione della causale posta a giustificazione della somministrazione a tempo determinato.

In via generale, **Sez. L, n. 00197/2019, Ponterio, Rv. 652452-01**, ha ribadito – in continuità con Sez. L, n. 17540/2014, A. Manna, Rv. 632006-01 – che la sanzione di nullità del contratto, prevista espressamente dall'art. 21, ultimo comma, del d.lgs. n. 276 del 2003 per il caso di difetto di forma scritta, si estende anche all'indicazione omessa o generica della causale della somministrazione, con conseguente trasformazione del rapporto da contratto a tempo determinato alle dipendenze del somministratore a contratto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore. Nel caso di specie, è stata ritenuta generica la seguente causale *“gestione delle attività di call center in relazione alle esigenze di carattere organizzativo connesse al riassetto societario”*, in quanto non esplicativa delle ragioni di ricorso al lavoro somministrato né del contenuto del riassetto societario ovvero del periodo temporale di riferimento.

Quanto alla causale sostitutiva, in un caso in cui era stato richiamato l'art. 4, comma 1, lett. c) del c.c.n.l. Autostrade e Trafori del 15 luglio del 2005 – nella parte in cui rinvia alle medesime causali per le quali è prevista l'assunzione a termine – è stata ritenuta consentita la sostituzione dei lavoratori assenti per ferie, aggiungendosi che, in tale evenienza, l'onere della prova incombente sulla parte datoriale potrà essere assolto con la dimostrazione della coincidenza della assunzione in somministrazione con i periodi indicati nell'art. 2, lett. b), del medesimo c.c.n.l., senza necessità di provare l'effettiva sostituzione di uno specifico lavoratore in relazione a tutto il periodo (**Sez. L, n. 00187/2019, Pagetta, Rv. 652451-01**).

4.3. Condizioni per la prorogabilità del termine.

Sez. L, n. 21390/2019, Lorito, Rv. 655002-01, per la prorogabilità del termine inizialmente posto al contratto di lavoro ha ritenuto sufficiente il consenso del lavoratore, che deve risultare da atto scritto, nelle ipotesi e per la durata prevista dalla contrattazione collettiva applicata dal somministratore, ai sensi dell'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, mentre ha escluso la necessità di indicare causali oggettive ed il riferimento alla stessa attività lavorativa per la quale è stato stipulato il contratto a tempo determinato, come previsto dall'art. 4 del d.lgs. n. 368 del 2001, disposizione ritenuta inapplicabile avuto riguardo alla differente disciplina prevista dalla direttiva n. 2008/104/CE per il lavoro tramite agenzia interinale rispetto a quella stabilita dalla

direttiva n. 1999/70 CE sul lavoro a termine, espressione di una discontinuità nel percorso di progressiva equiparazione funzionale dei due istituti.

4.4. Costituzione giudiziale del rapporto con l'utilizzatore e novazione.

A differenza di quanto affermato con riferimento ai contratti a tempo determinato da Sez. L, n. 05714/2018, F. Amendola, Rv. 647524-01, nel caso di accertamento dell'illegittimità di un contratto di somministrazione di lavoro a termine e la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con l'utilizzatore non si determina di per sé l'illegittimità del successivo contratto di lavoro a tempo determinato tra le stesse parti e non si travolge il giudicato che si sia eventualmente formato sulla legittimità di esso, dovendosi ritenere, alla luce della diversità delle due tipologie contrattuali, che il contratto a termine abbia efficacia novativa del precedente rapporto (**Sez. L, n. 13515/2019, Patti, Rv. 653957-01**).

4.5. Legittimazione degli enti previdenziali.

Sulla questione dei soggetti legittimati all'accertamento dell'irregolarità della somministrazione, **Sez. L, n. 17705/2019, Curcio, Rv. 654478-01**, ha affermato che la previsione di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 – secondo cui legittimato a far valere l'illegittimità della somministrazione è il solo lavoratore somministrato – non preclude agli enti previdenziali o assicurativi di agire nei confronti dell'effettivo utilizzatore della manodopera, per l'accertamento della sussistenza dei presupposti delle obbligazioni contributive gravanti in capo a quest'ultimo.

4.6. Decadenza dall'impugnazione.

Sul tema, l'indirizzo rigoroso espresso da Sez. L, n. 30134/2018, Leone, Rv. 651695-01, secondo cui l'impugnazione stragiudiziale dell'ultimo contratto della serie non si estende ai contratti precedenti, neppure ove tra un contratto e l'altro sia decorso un termine inferiore a quello di sessanta giorni utile per l'impugnativa, è stato confermato da **Sez. L, n. 24356/2019, Blasutto, Rv. 655068-01**, che ha espressamente ribadito l'onere di impugnazione di ciascun contratto della serie, escludendo che tale principio si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione, quale fattore – ai sensi dell'art. 6, comma 2, della direttiva 2008/104/CE – di ostacolo o impedimento alla “*stipulazione di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione*”, poiché la direttiva in questione, si rivolge unicamente agli Stati membri, senza imporre alle autorità giudiziarie nazionali un obbligo di disapplicazione di qualsiasi

disposizione di diritto nazionale che preveda, al riguardo, divieti o restrizioni che non siano giustificati da ragioni di interesse generale.

Sez. L, n. 29753/2019, Blasutto, Rv. 655983-01, ha sottolineato la differenza con il regime del contratto a tempo determinato per affermare che il termine di decadenza per proporre l'impugnazione stragiudiziale rimane quello di sessanta giorni previsto dall'art. 32, comma 1, della l. n. 183 del 2010, come chiarito dal comma 4, lett. d), della stessa norma, mentre le modifiche introdotte dalla l. n. 92 del 2012, che ha esteso il termine per l'impugnativa stragiudiziale a centoventi giorni, non si applicano al caso della somministrazione di manodopera, considerato che il rapporto di lavoro a tempo determinato è istaurato dal lavoratore direttamente con chi fruisce della prestazione, mentre nella somministrazione di lavoro si istaura un rapporto trilaterale, in cui il lavoratore non istituisce un vincolo direttamente con chi utilizza la sua attività.

5. Il contratto di lavoro a progetto.

Diverse pronunce continuano ad occuparsi del tema del contratto a progetto, sia quanto ai presupposti di legittimità che quanto alle conseguenze derivanti dalla violazione delle prescritte indicazioni normative.

In particolare, **Sez. L, n. 05418/2019, Marotta, Rv. 652917-01**, ha ulteriormente precisato il concetto di 'progetto' rilevante ai sensi dell'art. 61 del d.lgs. n. 276 del 2003, rispetto all'interpretazione già resa da Sez. L, n. 24379/2017, **Riverso, Rv. 645615-01**, nel senso che esso, sebbene non inerente ad una attività eccezionale, originale o del tutto diversa rispetto alla ordinaria attività di impresa, richiede comunque un contenuto suscettibile di una valutazione distinta da una *routine* ripetuta e prevedibile, dettagliatamente articolato ed illustrato con la preventiva individuazione di azioni, tempi, risorse, ruoli e aspettative di risultato, e dunque caratterizzato da una determinata finalizzazione, anche in termini di quantità e tempi di lavoro. Nel caso di specie, non è stato ritenuto sufficiente ad integrare il requisito distintivo del progetto la riferibilità dell'attività di arredatore svolta dal ricorrente ad una specifica produzione televisiva.

Quanto alle conseguenze derivanti dall'assenza di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, **Sez. L, n. 09471/2019, Ghinoy, Rv. 653455-01**, in continuità con Sez. L, n. 12820/2016, **D'Antonio, Rv. 640230-01**, e Sez. L, n. 17127/2016, **Lorito, Rv. 640919-01**, ha ribadito che il regime sanzionatorio previsto dall'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2016 (nel testo *ratione temporis* applicabile, anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012) determina l'automatica conversione del rapporto a tempo indeterminato, con applicazione delle garanzie del lavoro dipendente e senza necessità di accertamenti giudiziali sulla natura del

rapporto, interpretazione ritenuta non in contrasto con il principio di “indisponibilità del tipo”, posto a tutela del lavoro subordinato e non invocabile nel caso inverso, né con l’art. 41, comma 1, Cost., in quanto trae origine da una condotta datoriale violativa di prescrizioni di legge ed è coerente con la finalità antielusiva perseguita dal legislatore. D’altro canto, sul piano processuale, è stato escluso che il lavoratore, che con il ricorso introduttivo deduca la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e la simulazione di un contratto a progetto, possa far valere la nullità per mancanza del progetto nel corso del giudizio di appello, in quanto tale ulteriore prospettazione costituisce domanda nuova, con una diversa *causa petendi*, per l’inserimento di un fatto nuovo a fondamento della pretesa e di un diverso tema di indagine e di decisione (**Sez. L, n. 24480/2019, Boghetich, Rv. 655132-01**).

Inoltre, è stato precisato l’ambito di applicazione della deroga prevista dall’art. 61, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, in favore di coloro che svolgono una professione intellettuale, nel senso che essa è configurabile non già in ragione del titolo o di un presunto *status* di professionista bensì in riferimento alle attività di lavoro autonomo che oggettivamente possono essere svolte esclusivamente da un professionista (**Sez. L, n. 27388/2019, Balestrieri, Rv. 655521-02**), aggiungendosi, quanto alle ricadute processuali, che la predetta deroga introduce nel processo un nuovo tema di indagine riconducibile ad un’eccezione in senso stretto, come tale non rilevabile d’ufficio, né proponibile per la prima volta nel corso del giudizio o in appello (**Sez. L, n. 27388/2019, Balestrieri, Rv. 655521-01**).

Infine, mentre si rinvia *infra*, al par. 7, per l’applicabilità dell’indennità *ex art.* 32 della l. n. 183 del 2010 anche al contratto a progetto illegittimo, va qui evidenziato che **Sez. L, n. 30668/2019, Cinque, Rv. 655879-01**, ha affrontato il delicato aspetto della decadenza dall’impugnazione nell’ipotesi di pluralità di contratti a progetto affermando il principio per cui l’impugnativa volta a far valere l’illegittimità degli stessi, da cui consegue il riconoscimento di un unico rapporto di lavoro di natura subordinata a tempo indeterminato, a decorrere dalla data di costituzione del primo, è assoggettata ad un unico termine di decadenza che, *ex art.* 32 della l. n. 183 del 2010, decorre dal recesso, qualificato come licenziamento, del datore di lavoro dal rapporto in essere, in relazione all’ultimo contratto.

6. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Con riferimento ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, **Sez. L, n. 24778/2019, Marchese, Rv. 655314-01**, è intervenuta a dirimere una dibattuta questione interpretativa sulla portata dell’art. 50 della l. n. 183 del 2010, dubitandosi se tale norma stabilisca “unicamente” la sanzione indennitaria a fronte del rifiuto, da parte del lavoratore, di due offerte di stabilizzazione del rapporto di lavoro ovvero

faccia comunque salva la conversione o ricostituzione del rapporto. Ebbene, la Corte ha chiarito che l'indennità prevista dal citato art. 50 per il caso di accertamento giudiziale della natura subordinata di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, regolando la misura del risarcimento in relazione al periodo intercorrente tra la cessazione della collaborazione e la sentenza che ne accerta la natura subordinata, non rappresenta l'unica misura sanzionatoria, sostitutiva di tutte le conseguenze normalmente ricollegabili ad un tale accertamento, bensì un indennizzo che tiene luogo del solo risarcimento dei danni derivanti dalla ingiustificata estromissione, fermo restando il diritto del lavoratore al ripristino ovvero alla “conversione” del rapporto di lavoro, in esecuzione della sentenza. L'assunto è motivato con il richiamo ai lavori preparatori, oltre che ad un'interpretazione che valga a salvare la disposizione citata da dubbi di legittimità costituzionale e di violazione del diritto sovranazionale, essendo in tal modo in linea con il principio di effettività ed adeguatezza delle sanzioni, con quello di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele, in quanto volta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione, con salvezza del nucleo centrale della tutela sostanziale costituito dall'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato.

Sulla nuova disciplina, con particolare riferimento all'art. 69-bis, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, introdotto dall'art. 1, comma 26, della l. n. 92 del 2012, **Sez. L, n. 12173/2019, Garri, Rv. 653755-01**, ha delineato il regime temporale di applicazione della presunzione ivi contenuta – per la quale le prestazioni lavorative rese da persona titolare di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto sono considerate rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nel ricorso delle condizioni indicate dalla stessa disposizione e salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente – affermando che essa si applica ai rapporti in corso alla data di entrata in vigore della l. n. 92 del 2012, decorsi dodici mesi dalla medesima data, secondo quanto previsto dal comma 4 dello stesso art. 69-bis, con la rilevante conseguenza che detta presunzione non opera con riferimento ai rapporti di collaborazione cessati prima dell'anno da tale data.

Infine, quanto al regime di decadenza dall'impugnazione, **Sez. L, n. 32254/2019, Patti, Rv. 656007-01**, ha chiarito che qualora il rapporto di collaborazione autonoma si risolva per effetto della manifestazione di volontà del collaboratore di voler recedere dal rapporto, ovvero cessi per la sua naturale scadenza, l'azione per l'accertamento della subordinazione e la riammissione in servizio è esercitabile nei termini di prescrizione, senza essere assoggettata al regime decadenziale di cui all'art. 32, comma 3, lett. b), della l. n. 183 del 2010, poiché il regime in questione si applica al solo caso di “recesso del committente” e non è estensibile alle ipotesi in cui manchi del tutto un atto che il lavoratore abbia interesse a contestare o confutare.

7. L'indennità *ex art. 32 della l. n. 183 del 2010*.

Come chiarito in premessa, si è ormai attribuita valenza autonoma all'indennità in questione perché, nell'evoluzione giurisprudenziale consolidatasi anche nel corso del 2019, la stessa costituisce ormai il parametro generalizzato di riferimento per la liquidazione del danno in tutte le vicende in cui si venga a sancire la conversione del rapporto a tempo indeterminato, senza essere più riconducibile esclusivamente al contratto a tempo determinato.

Infatti, nel solco tracciato nel 2018 da Sez. L, n. 16435/2018, Negri della Torre, Rv. 649394-01, e Sez. L, n. 20500/2018, Leone, Rv. 650093-01, **Sez. L, n. 24100/2019, Patti, Rv. 655066-01**, ha ritenuto applicabile il regime indennitario *ex art. 32*, comma 5, della l. n. 183 del 2010, anche al contratto di collaborazione a progetto illegittimo, quale fattispecie in cui ricorrono le condizioni della natura a tempo determinato del contratto di lavoro e della presenza di un fenomeno di conversione.

Il diritto all'indennità è stato invece escluso da **Sez. L, n. 16052/2019, Blasutto, Rv. 654147-01**, nell'ipotesi di rapporto di lavoro a tempo determinato cessato prima della scadenza del termine nullo poiché la predetta indennità spetta solo per il periodo cosiddetto "intermedio", ossia quello compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro, e dunque non compete nel caso in cui, accertata l'illegittimità del termine, non ne consegua la riammissione in servizio del lavoratore (nella specie per dimissioni rassegnate in data antecedente alla data di scadenza del termine apposto al contratto).

Infine, sul piano della misura dell'indennità, è stato ribadito (**Sez. 6 - L, n. 25484/2019, Leone, Rv. 655427-01**) quanto già affermato da Sez. L, n. 01320/2014, Nobile, Rv. 629923-01, in ordine ai limiti del sindacato della Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., ristretto – quanto alla determinazione, operata dal giudice di merito, tra il minimo ed il massimo, al pari dell'analoga valutazione per la determinazione dell'indennità di cui all'art. 8 della l. n. 604 del 1966 – solo al caso di motivazione assente, illogica o contraddittoria. Sulla stessa linea, è stato osservato che il fatto storico decisivo, censurabile *ex art. 360*, comma 1, n. 5, c.p.c., non può identificarsi con il difettoso esame dei parametri della liquidazione dell'indennità, sui quali il giudice di merito conduce la valutazione ai fini della concreta determinazione della stessa (**Sez. 6 - L, n. 28887/2019, Leone, Rv. 655596-01**).

8. Contratto di lavoro a tempo parziale.

Sul requisito della forma scritta prevista *ad substantiam* dall'art. 5 del d.l. n. 726 del 1984, **Sez. L, n. 14797/2019, Ponterio, Rv. 653984-01**, ha confermato l'interpretazione già resa da Sez. L, n. 05330/2006, De Renzis, Rv. 587741-01, ribadendo che il difetto della forma scritta non determina la nullità dell'intero contratto, quanto, invece, la sua conversione in un ordinario rapporto *full time*, con conseguente diritto del lavoratore al risarcimento del danno, commisurato alle differenze retributive tra quanto percepito e quanto dovuto in base a un orario a tempo pieno, previa costituzione in mora del datore di lavoro *ex art. 1217 c.c.*, mediante la messa a disposizione delle energie lavorative. Peraltro, come pure già affermato da Sez. L, n. 15774/2011, Filabozzi, Rv. 618723-01, l'osservanza di un orario lavorativo pari a quello previsto per il tempo pieno è idonea a comportare, nonostante la difforme iniziale volontà delle parti, l'automatica trasformazione del rapporto *part-time* in altro a tempo pieno, non occorrendo, a tal fine, l'osservanza di alcun requisito formale (**Sez. L, n. 20209/2019, Curcio, Rv. 654789-01**).

Va, infine, evidenziato che la disciplina prevista per il lavoro *part-time* dall'art. 6, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 81 del 2015, non può trovare applicazione nei rapporti di lavoro a tempo pieno, né può essere utilizzata come parametro della programmazione della prestazione lavorativa a garanzia del diritto del lavoratore di conoscere in via anticipata, in un tempo ragionevole, i propri turni di servizio (**Sez. L, n. 31957/2019, Blasutto, Rv. 656005-01**, con cui è stata cassata la sentenza che aveva riconosciuto ad alcuni lavoratori a tempo pieno il risarcimento del danno conseguente alla comunicazione datoriale dei turni di servizio con un preavviso inferiore alle 48 ore).

9. Altre forme contrattuali flessibili: il lavoro intermittente.

Sull'ambito di applicazione del lavoro intermittente, **Sez. L, n. 29423/2019, Pagetta, Rv. 655710-01**, ha chiarito che l'art. 34, comma 1, del d.lgs. 276 del 2003 rimette alla contrattazione collettiva l'individuazione delle esigenze in presenza delle quali è consentita la stipula di un contratto a prestazioni discontinue ma non il potere di veto in ordine alla utilizzabilità di tale tipologia, come si desume anche dal disposto dell'art. 40 del citato decreto, che, in caso di inerzia delle parti collettive, prevede l'intervento sostitutivo del Ministero del lavoro, misura che denota la volontà del legislatore di garantire l'operatività dell'istituto.

10. Appalto genuino e fenomeni interpositori.

Sugli indicatori suscettibili di essere valutati ai fini della genuinità dell'appalto, **Sez. L, n. 15557/2019, Blasutto, Rv. 654146-01**, ha precisato che l'appalto di opere o servizi espletato con mere prestazioni di manodopera è lecito purché il requisito della “organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore”, previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, costituisca un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore, senza che l'appaltante, al di là del mero coordinamento necessario per la confezione del prodotto, eserciti diretti interventi dispositivi e di controllo sui dipendenti dell'appaltatore. Nel caso esaminato dalla Corte, favorevole alla legittimità dell'appalto, la predeterminazione delle modalità esecutive, descritte nel capitolato, rispondeva all'esigenza di adeguare la prestazione alle caratteristiche tecniche del servizio, senza incidere sull'autonomia dell'appaltatore nella gestione del rapporto di lavoro e nell'esercizio del potere disciplinare.

Peraltro, sempre sul tema dell'individuazione della linea di discriminare tra appalto lecito e somministrazione irregolare di lavoro, è stato affermato (**Sez. L, n. 18815/2019, Ponterio, Rv. 654491-01**) che il d.lgs. n. 163 del 2006 (cd. codice dei contratti pubblici), pur dettando una disciplina derogatoria rispetto a quella degli appalti privati, recepisce la nozione giuridica di appalto definita dall'art. 1655 c.c., con un espresso rinvio alle disposizioni del codice civile a fini integrativi, sicché anche per gli appalti pubblici di servizi trova applicazione l'elaborazione giurisprudenziale che, in materia di dissociazione fra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo, consente di configurare una illegittima interposizione di manodopera.

In ogni caso, anche nell'ipotesi di appalto illecito, i pagamenti a titolo contributivo effettuati dall'appaltatore valgono a liberare il committente fino a concorrenza delle somme versate, così come dispone il comma 3 *bis* dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, che rinvia al precedente art. 27, comma 2, dando applicazione alla regola generale di cui all'art. 1180 c.c., che impone la verifica in concreto dell'avvenuta o meno integrale soddisfazione delle pretese contributive formulate dagli enti previdenziali (**Sez. L, n. 18278/2019, D'Antonio, Rv. 654485-01**).

Gli enti previdenziali sono comunque legittimati ad agire per far valere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra committente e lavoratore, stante l'indisponibilità del regime previdenziale, che non può essere condizionato all'iniziativa del lavoratore che denunci l'irregolarità, avuto riguardo all'autonomia del rapporto di lavoro e di quello previdenziale, che, per quanto tra loro connessi, rimangono del tutto diversi, e tenuto altresì conto dell'interpretazione letterale dell'art. 29, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 276 del 2003, che non preclude di far valere la

nullità degli atti di interposizione da parte di chiunque vi abbia interesse (**Sez. L, n. 31144/2019, Amendola F., Rv. 655905-01**).

10.1. La responsabilità del committente ex artt. 2087 c.c. e 29 del d.lgs. n. 276 del 2003: rinvio.

Per la rassegna delle decisioni sulla responsabilità del committente, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003, si rinvia alla specifica trattazione contenuta nel capitolo sugli obblighi, responsabilità e diritti del datore e del prestatore di lavoro, in particolare parr. 2.2.1., 10., 10.1., 10.2., 10.3. e 10.4.

11. Cessione di azienda.

Sono intervenute diverse decisioni utili a delimitare il campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. e le conseguenze normativamente riconducibili all'operatività della cessione, anche per escludere il regime decadenziale di impugnazione per il lavoratore che voglia far accertare la sussistenza del rapporto con il cessionario. Sul piano degli effetti derivanti dalla declaratoria di nullità della cessione, invece, è stata riesaminata la questione della detraibilità dell'*aliunde perceptum* in caso di mancato ripristino del rapporto da parte del cedente.

11.1. Ambito di applicazione ed effetti della disciplina ex art. 2112 c.c.

Sul piano della delimitazione del campo di applicazione della disciplina ex art. 2112 c.c., **Sez. L, n. 04425/2019, De Gregorio, Rv. 652909-01**, in continuità con Sez. L, n. 06131/2013, Fernandes, Rv. 625470-01, ha escluso che il trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza di una società di capitali possa integrare gli estremi del trasferimento di azienda, in quanto non determina la sostituzione di un soggetto giuridico ad un altro nella titolarità dei rapporti pregressi, ma solo modifica gli assetti azionari interni sotto il profilo della loro titolarità, ferma restando la soggettività giuridica di ogni società anche se totalmente eterodiretta.

Nell'ipotesi di successione di un imprenditore ad un altro in un appalto di servizi, perché possa invocarsi il trasferimento all'impresa subentrante, occorre dimostrare in concreto che vi sia stato un trasferimento di azienda, mediante il passaggio di beni di non trascurabile entità, nella loro funzione unitaria e strumentale all'attività di impresa, o almeno del *know how* o di altri caratteri idonei a conferire autonomia operativa ad un gruppo di dipendenti, altrimenti ostandovi il disposto dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, non in contrasto, sul punto, con la giurisprudenza euro-unitaria che consente, ma non impone, di estendere l'ambito di protezione dei lavoratori di cui alla direttiva n. 2001/23/CE ad ipotesi ulteriori rispetto a quella del

trasferimento di azienda (**Sez. L, n. 08922/2019, Patti, Rv. 653220-01**, conforme sul punto a Sez. L, n. 24972/2016, A. Manna, Rv. 641983-01).

Nel caso in cui il trasferimento dell'azienda non derivi da un contratto tra cedente e cessionario ma sia riconducibile ad un atto autoritativo della P.A. (ipotesi su cui si era espressa in precedenza Sez. L, n. 21278/2010, Toffoli, Rv. 615174-01), quale l'assegnazione di un appalto pubblico di servizi, comportante un periodo di sospensione tra l'attività del primo e del successivo imprenditore, va applicata la disciplina *ex art.* 2112 c.c. – in conformità alla direttiva comunitaria 77/187/CE e all'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia UE con le sentenze 20 novembre 2003, C-340/01, 25 gennaio 2001, C-172/99, 26 settembre 2000, C-175/99 e 14 settembre 2000, C-343/98 – purché l'entità economica, indipendentemente dal mutamento del titolare, conservi la propria identità e si accerti l'esistenza di una cessione di elementi materiali significativi tra le due imprese (**Sez. L, n. 30663/2019, Garri, Rv. 655878-01**).

Sul piano degli effetti della cessione, la ritenuta nullità dell'apposizione del termine ad una pluralità di contratti determina la conversione in un unico contratto a tempo indeterminato, con effetto retroattivo al momento della stipula del primo contratto a termine dichiarato illegittimo, sicché, anche ai fini dell'operatività del meccanismo di cui all'art. 2112 c.c., il rapporto rimane unico, senza soluzione di continuità, con conseguente legittimazione passiva del cessionario rispetto ai crediti retributivi derivanti dal riconoscimento della pregressa anzianità (**Sez. L, n. 06867/2019, De Gregorio, Rv. 653201-01**).

Sez. L, n. 29291/2019, Cinque, Rv. 655855-01, ha chiarito che la *ratio* di tutela dei lavoratori ceduti consiste nel garantire la conservazione di tutti i diritti derivanti dal rapporto lavorativo con l'impresa cedente, mirando alla tutela dei crediti già maturati dal lavoratore ed al rispetto dei trattamenti in vigore, ma non ad assicurare l'omogeneità dei trattamenti retributivi e normativi all'interno del complesso aziendale risultante dal trasferimento, cosicché i dipendenti dell'azienda ceduta non hanno titolo per pretendere l'estensione in loro favore delle disposizioni contrattuali più favorevoli applicabili ai lavoratori dell'impresa cessionaria. Nel caso esaminato dalla Corte, è stato ritenuto legittimo un accordo sindacale aziendale che differenziava il trattamento spettante ai dipendenti in relazione alla presenza in servizio presso la società cessionaria ad una certa data, anteriore rispetto al periodo in cui si era verificato il passaggio del personale dalla cedente.

Con riferimento all'ambito di applicazione del regime decadenziale di impugnazione, **Sez. L, n. 09469/2019, Balestrieri, Rv. 653615-01** (in senso conforme, **Sez. L, n. 28750/2019, Cinque, Rv. 655699-01**), ha chiarito che è solo il lavoratore che intenda contestare la cessione a dover far valere detta impugnazione nel termine di cui all'art. 32, comma 4, lett. c), della l. n. 183 del 2010, mentre non vi

è alcun onere di far accertare formalmente, nei confronti del cessionario, l'avvenuta prosecuzione del rapporto di lavoro, quale effetto automatico previsto dalla disciplina *ex art.* 2112 c.c. Il medesimo principio è stato applicato da **Sez. L, n. 13648/2019, Ponterio, Rv. 653965-01**, anche all'ipotesi di cessione avvenuta di fatto, come nel caso esaminato dalla Corte, in cui la lavoratrice aveva dedotto che, per effetto del distacco presso un altro datore di lavoro, seguito dalla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro con il distaccante e dalla successiva assunzione a tempo determinato da parte del datore 'cessionario', si era determinata la continuazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 2112 c.c.

11.2. Conseguenze della declaratoria di nullità della cessione. La questione della detraibilità dell'*aliunde perceptum*.

Quanto, invece, alle conseguenze della accertata nullità della cessione del ramo di azienda, **Sez. L, n. 05998/2019, Boghetich, Rv. 652899-01**, ha affermato l'insensibilità del rapporto con il cedente – ancora in essere, sebbene quiescente fino alla declaratoria di nullità della cessione – rispetto alle vicende risolutive del rapporto di lavoro con il cessionario (nella specie, licenziamento dichiarato illegittimo ed esercizio del diritto di opzione per l'indennità sostitutiva della reintegra *ex art.* 18 della l. n. 300 del 1970), in quanto instaurato in via di mero fatto.

Inoltre, la Corte è tornata ad esaminare la questione della detraibilità di quanto percepito dal lavoratore nel periodo successivo al mancato ripristino del rapporto da parte del cedente, una volta accertata giudizialmente la nullità della cessione. Infatti, l'interpretazione resa da Sez. L, n. 16694/2018, Leone, Rv. 649247-01, in ordine alla detraibilità della retribuzione corrisposta dal cessionario al lavoratore dall'ammontare del risarcimento dovuto dal cedente, è stata rimeditata soprattutto in esito alla sentenza 28 febbraio 2019, n. 29, della Corte costituzionale, per approdare ad una soluzione maggiormente improntata al principio di effettività del *dictum* giurisdizionale, «che non ammette svuotamenti di tutela per la mancanza di ogni deterrente idoneo ad indurre il datore di lavoro a riprendere il prestatore a lavorare ovvero affievolimenti della forza cogente della pronuncia giudiziale che risulterebbe in concreto priva di efficacia per il protrarsi dell'inosservanza senza reali conseguenze» (così **Sez. L, n. 17784/2019, Patti, Rv. 654479-01**), così giungendo ad affermare il principio per cui in caso di cessione di ramo d'azienda, ove su domanda del lavoratore ceduto venga giudizialmente accertato che non ricorrono i presupposti di cui all'art. 2112 c. c., le retribuzioni in seguito corrisposte dal destinatario della cessione, che abbia utilizzato la prestazione del lavoratore successivamente alla messa a disposizione di questi delle energie lavorative in favore dell'alienante, non producono un effetto estintivo, in tutto o in parte,

dell'obbligazione retributiva gravante sul cedente che rifiuti, senza giustificazione, la controprestazione lavorativa. In effetti, sancita la natura retributiva e non risarcitoria delle somme da erogarsi ai lavoratori da parte del cedente inadempiente, il ragionamento si fonda essenzialmente sulla duplicità di rapporti che viene a determinarsi per effetto della dichiarazione di nullità della cessione: il primo, giuridicamente esistente proprio in virtù della pronuncia giudiziale, fra il lavoratore ed il cedente, tenuto a corrispondere la retribuzione a seguito di formale messa in mora ed offerta delle energie lavorative da parte del lavoratore; il secondo, esistente di fatto, in virtù del materiale svolgimento della prestazione, fra il lavoratore ed il cessionario, tenuto a corrispondere la retribuzione in quanto beneficiario dell'attività lavorativa, e dunque obbligato in proprio e non quale terzo (con conseguente inapplicabilità della disciplina *ex* art. 1180 c.c.) né quale soggetto interposto (con conseguente inapplicabilità del regime previsto dall'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 in tema di somministrazione). Tale approdo è stato confermato da successive pronunce e può ritenersi che esprima l'attuale orientamento della Sezione (v. in particolare **Sez. L, n. 21158/2019, Amendola F., Rv. 654807-01**, e **Sez. L, n. 21160/2019, Amendola F., Rv. 654995-01**, benché quest'ultima concerna la questione – parzialmente differente – della detraibilità dell'indennità di mobilità, su cui v. anche **Sez. L, n. 23306/2019, Patti, Rv. 655059-01**).

Gli effetti dell'accertata nullità della cessione sono stati considerati anche dal punto di vista del nuovo e diverso rapporto che, di fatto, viene ad instaurarsi fra il lavoratore ed il soggetto già, e non più, cessionario, alle cui dipendenze il lavoratore abbia materialmente continuato a lavorare, rapporto dal quale derivano la nascita degli obblighi gravanti su qualsiasi datore di lavoro che utilizzi la prestazione lavorativa nell'ambito della propria organizzazione imprenditoriale, con conseguente imputabilità al soggetto *ex* cessionario, e non anche al cedente, della responsabilità per violazione dell'art. 2103 c.c. (**Sez. L, n. 21161/2019, Amendola F., Rv. 654808-01**).

CAPITOLO XIX

IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE E COLLETTIVO

(DI LUIGI DI PAOLA)

SOMMARIO: 1. Potere disciplinare. - 2. Licenziamento individuale. - 2.1. La motivazione del licenziamento. - 2.2. La ratifica del licenziamento. - 2.3. La rinnovazione del licenziamento. - 2.4. La revoca del licenziamento. - 2.5. Il licenziamento orale. - 2.6. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento. - 2.7. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento. - 2.8. Licenziamento discriminatorio e ritorsivo. - 2.9. Periodo di comporto e licenziamento. - 2.10. Divieti di licenziamento. - 2.11. Licenziamento del socio di società cooperativa di produzione e lavoro. - 2.12. Il licenziamento del dirigente. - 2.13. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile. - 2.14. Somministrazione di lavoro e licenziamento. - 2.15. L'impugnazione del licenziamento e le decadenze. - 2.16. Applicazioni della legge "Fornero". - 2.17. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015. - 2.18. Le conseguenze del licenziamento illegittimo. - 2.19. Il preavviso. - 3. Licenziamenti collettivi.

1. Potere disciplinare.

Le pronunce di rilievo emesse nel corso del corrente anno attengono per lo più ad aspetti di portata generale, imperniati, da un lato, sul principio di intangibilità dell'esercizio del diritto di difesa dell'incolpato nell'ambito del procedimento disciplinare, e, dall'altro, su quello del necessario contenimento, entro limiti ben precisi, del potere di intervento del giudice sulla sanzione, quale naturale prerogativa del datore.

Così, quanto al principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione disciplinare, **Sez. L, n. 08293/2019, Amendola F., Rv. 653206-01**, ha affermato che il principio in questione, che vieta di infliggere un licenziamento sulla base di fatti diversi da quelli contestati, può ritenersi violato qualora il datore di lavoro allegghi, nel corso del giudizio, circostanze nuove che, in violazione del diritto di difesa, implicano una diversa valutazione dei fatti addebitati, salvo si tratti di circostanze confermatrici, in relazione alle quali il lavoratore possa agevolmente controdedurre, ovvero che non modifichino il quadro generale della contestazione.

In applicazione del predetto principio è stata confermata la sentenza di merito che, rispetto ad una contestazione relativa ad irregolarità nella negoziazione di titoli di credito, commesse da un dipendente di un istituto di credito, non aveva valutato, ai fini della sussistenza della giusta causa, il diverso addebito, specificato solo nel corso del giudizio, della richiesta di prestiti ad un cliente per far fronte ad una forte esposizione debitoria.

In analoga prospettiva, **Sez. L, n. 10853/2019, Arienzo, Rv. 653623-01**, ha puntualizzato che la necessaria correlazione dell'addebito con la sanzione deve essere garantita e presidiata, in chiave di tutela dell'esigenza difensiva del lavoratore, anche

in sede giudiziale, nella quale le condotte del lavoratore medesimo sulle quali è incentrato l'esame del giudice di merito non devono nella sostanza fattuale differire da quelle poste a fondamento della sanzione espulsiva, pena lo sconfinamento dei poteri del giudice in ambito riservato alla scelta del datore di lavoro. (Nella specie, la S.C. - in relazione ad un licenziamento intimato al lavoratore per avere la commissione giudicatrice di gare di appalto, di cui egli era componente, delegato e demandato a terzi l'attività valutativa, invece del tutto omessa, a valle di un accordo illecito, senza alcuna partecipazione alle sedute - ha cassato la sentenza che aveva ritenuto legittimo il licenziamento fondato sulla diversa condotta, non contestata dal datore, consistita nell'essersi i membri della predetta commissione avvalsi dell'intervento di consulenti esterni, senza attestarne l'attività nei verbali di gara).

Sul delicato tema del procedimento di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, tipizzata dalle parti collettive, **Sez. L, n. 08582/2019, Marchese, Rv. 653212-01**, ha evidenziato che il predetto procedimento postula l'integrale coincidenza tra le due, con conseguente impossibilità di procedere a una tale operazione logica, quando la condotta del lavoratore sia caratterizzata da elementi aggiuntivi, estranei e aggravanti, rispetto alla previsione contrattuale.

Nella specie, relativa a un caso di guida in stato di ebbrezza costituente reato, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, sul semplice presupposto che il c.c.n.l. di settore punisse con la sanzione conservativa l'essere sotto l'effetto di sostanze alcoliche durante il servizio, aveva ritenuto illegittimo il licenziamento, senza considerare la maggiore gravità del fatto in concreto contestato.

In ordine ai limiti della rimodulazione in sede giudiziale della sanzione irrogata dal datore, **Sez. L, n. 03896/2019, Garri, Rv. 652886-01**, ha ribadito, in conformità ad un consolidato indirizzo, che il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionare la gravità dell'illecito accertato rientra nel potere di organizzazione dell'impresa quale esercizio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., onde è riservato esclusivamente al titolare di esso; ne consegue che è precluso al giudice, chiamato a decidere circa la legittimità di una sanzione irrogata, esercitarlo anche solo procedendo ad una rideterminazione della sanzione stessa riducendone la misura. Solo nel caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista, perciò, soltanto in una riconduzione a tale limite, ovvero nel caso in cui sia lo stesso datore di lavoro, costituendosi nel giudizio di annullamento della sanzione, a chiederne la riduzione, è consentito al giudice, in accoglimento della domanda del lavoratore, applicare una sanzione minore, poiché in tal modo non è sottratta autonomia all'imprenditore e si realizza l'economia di un nuovo ed eventuale giudizio valutativo, avente ad oggetto la sanzione medesima. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che la società datrice, mediante la generica richiesta di una "valutazione anche diversa della congruità della sanzione rispetto al fatto" - priva di indicazione

circa la diversa misura disciplinare irrogabile in via alternativa -, avesse demandato al giudice una valutazione discrezionale di proporzionalità tra condotta e sanzione da irrogare, e, quindi, in concreto, la scelta della misura disciplinare da adottare, così in sostanza sollecitando l'esercizio di quel potere disciplinare che è invece precluso al giudice).

Quanto alle clausole della contrattazione collettiva che scandiscono i tempi del procedimento disciplinare, **Sez. L, n. 24157/2019, Marchese, Rv. 655067-01**, ha precisato che l'art. 8, comma 4, del c.c.n.l. industria metalmeccanica privata del 20 gennaio 2008 si interpreta nel senso che il termine finale di sei giorni entro il quale il datore deve irrogare la sanzione trova applicazione solo in caso di presentazione delle giustificazioni, considerato che sia il predetto termine finale che la *fiction* dell'intervenuta accettazione delle giustificazioni sono evidentemente collegate all'esercizio, da parte del lavoratore, della specifica facoltà che l'ordinamento appresta.

In relazione alle previsioni negoziali concernenti l'incidenza della recidiva sulla sanzione applicabile, **Sez. L, n. 00138/2019, Cinque, Rv. 652219-01**, ha stabilito che, in tema di licenziamento disciplinare, l'art. 72 del c.c.n.l. Vetro distingue la recidiva specifica per la medesima mancanza, che consente l'immediato licenziamento senza preavviso, dalla recidiva plurima o impropria che, ai fini della legittimità del recesso, richiede, nei dodici mesi precedenti, tre pregresse sospensioni per particolari e tipici illeciti disciplinari.

Infine, con una rilevante sentenza in tema di presupposti per l'operatività dell'effetto scriminante derivante dall'esercizio del diritto di critica, **Sez. L, n. 01379/2019, Amendola F., Rv. 652601-01**, ha chiarito che l'apprezzamento in ordine al superamento dei limiti di continenza e pertinenza stabiliti per un esercizio lecito della critica rivolta dal lavoratore nei confronti del datore costituisce valutazione rimessa al giudice di merito, il quale, nella ricostruzione della vicenda storica, deve enucleare i fatti rilevanti nell'integrazione della fattispecie legale e motivare, rispetto a ciascuno di essi, circa il convincimento che tutti i predetti limiti siano stati rispettati, senza trascurare gli elementi che potrebbero avere influenza decisiva - il cui omesso esame può determinare una lacuna tale da non consentire l'esatta riconduzione del caso concreto alla fattispecie astratta, cagionando un errore di sussunzione rilevante ai sensi del n. 3 dell'art. 360 c.p.c. -, nonché delineando l'"iter" logico che lo ha indotto a maturare detto convincimento. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, senza procedere alla verifica del rispetto dei limiti di continenza e pertinenza, aveva ritenuto scriminata dal diritto di critica l'affermazione, contenuta in una lettera indirizzata dal lavoratore ai vertici aziendali e agli organi di stampa, che un costoso veicolo della società non veniva utilizzato dai vertici medesimi "al solo fine di far ricorso a ditte esterne").

2. Licenziamento individuale.

Nel corrente anno è proseguito il processo di consolidamento di orientamenti in precedenza non sufficientemente delineati, le cui più significative linee di fondo continuano a cogliersi in riferimento alle complesse questioni poste dalla disciplina introdotta dalla cd. “legge Fornero”.

Si pensi, ad esempio, allo spinoso tema della motivazione del licenziamento e delle conseguenze della sua assenza o della sua modificazione successiva all'intimazione del licenziamento stesso; o, ancora, alla problematica della necessità della tipizzazione collettiva – e se sì in che misura – delle infrazioni e correlate sanzioni conservative, affinché possa procedersi al riconoscimento della tutela reintegratoria attenuata ove la condotta punita in concreto con il licenziamento coincida invece con una di tali infrazioni.

Non sono peraltro mancati interventi volti a rivisitare insegnamenti da tempo cristallizzati ma ritenuti non in perfetta sintonia con il sistema, anche sul versante processuale (e, sul punto, è emblematica la questione della ripartizione dell'onere della prova in materia di licenziamento orale).

Si registra, peraltro, una inedita e rilevante presa di posizione su un aspetto centrale della disciplina posta dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, recante “*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*”, quale quello della corretta lettura della locuzione “insussistenza del fatto materiale contestato”, mantenuta, come si vedrà, in linea con i noti approdi giurisprudenziali riferiti alla disciplina posta dalla legge “Fornero”.

2.1. La motivazione del licenziamento.

Con due importanti pronunzie è stato, da un lato, ribadito, anche nello scenario delineato dalla legge “Fornero”, il divieto, per il datore, di modificare la motivazione contenuta nel recesso; dall'altro, è stata fornita la precisazione del nucleo dei fatti da esternare nella motivazione.

Quanto al primo aspetto, **Sez. L, n. 07851/2019, Boghetich, Rv. 653411-01**, ha affermato che il datore di lavoro non può addurre in giudizio, a giustificazione del licenziamento, fatti diversi da quelli già indicati nella motivazione enunciata al momento dell'intimazione del recesso, ma soltanto dedurre mere circostanze confermatrici o integrative che non mutino la oggettiva consistenza storica dei fatti anzidetti; il principio di contestualità ed immodificabilità della motivazione ha natura imperativa e la sua violazione è sanzionata con l'inefficacia del licenziamento.

Quanto al secondo, **Sez. L, n. 06678/2019, Boghetich, Rv. 653196-01**, ha precisato che la novellazione dell'art. 2, comma 2, della l. n. 604 del 1966 per opera dell'art. 1, comma 37, della l. n. 92 del 2012, si è limitata a rimuovere l'anomalia della

possibilità di intimare un licenziamento scritto immotivato, introducendo la contestualità dei motivi, ma non ha mutato la funzione della motivazione, che resta quella di consentire al lavoratore di comprendere, nei termini essenziali, le ragioni del recesso; ne consegue che nella comunicazione del licenziamento il datore di lavoro ha l'onere di specificarne i motivi, ma non è tenuto, neppure dopo la suddetta modifica legislativa, a esporre in modo analitico tutti gli elementi di fatto e di diritto alla base del provvedimento.

Nella specie, relativa a un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato nel 2013, la S.C. ha escluso la necessità che il datore di lavoro, avendo chiaramente indicato come motivo di recesso la sopravvenuta parziale inidoneità fisica del lavoratore, fosse anche tenuto a esporre le ragioni che rendevano impossibile rinvenire in azienda posti disponibili, compatibili con l'idoneità fisica residua.

2.2. La ratifica del licenziamento.

Sul tema della configurabilità della ratifica, **Sez. L, n. 17999/2019, Blasutto, Rv. 654481-01**, ha chiarito che in caso di licenziamento intimato da un organo appartenente alla struttura organizzativa del datore di lavoro (nella specie, un'organizzazione di tendenza), ma privo del potere di rappresentanza, l'atto di costituzione in giudizio, con il quale il datore resiste all'impugnativa del recesso, integra una manifestazione della volontà di far proprio quell'atto, di cui costituisce ratifica implicita, avente forma scritta.

2.3. La rinnovazione del licenziamento.

Sez. L, n. 20519/2019, Garri, Rv. 654792-01, ha ribadito, sulla scia di uno stabile indirizzo, che il licenziamento disciplinare nullo per vizi formali può essere rinnovato, in base agli stessi motivi addotti a giustificazione del precedente recesso e con l'adozione delle modalità prescritte ed omesse; ha peraltro aggiunto che non è necessaria la revoca del primo atto di risoluzione del rapporto, poiché tale rinnovazione si risolve nel compimento di un negozio diverso ed esula dallo schema dell'art. 1423 c.c., norma diretta ad impedire la sanatoria di un negozio nullo con effetti *ex tunc* e non a comprimere la libertà delle parti di reiterare la manifestazione della propria autonomia negoziale.

2.4. La revoca del licenziamento.

Sul delicato tema delle modalità di esternazione della revoca del licenziamento e della relativa accettazione, **Sez. L, n. 03647/2019, Marchese, Rv. 652882-01**, ha

evidenziato che la revoca in questione non richiede la forma scritta, atteso il principio per cui i negozi risolutori degli effetti di atti che richiedono – come il licenziamento – la forma scritta non sono assoggettati ad identici requisiti formali in ragione dell'autonomia negoziale, di cui la libertà di forma costituisce, in mancanza di diversa prescrizione legale, significativa espressione; e parimenti libera, per le medesime ragioni, è la forma dell'accettazione, da parte del lavoratore, della revoca del licenziamento, che può avvenire anche in forma tacita o presunta, ma il relativo accertamento presuppone una ricostruzione della volontà abdicativa, anche attraverso elementi indiziari *ex* art. 2729 c.c., in termini certi e idonei a consentire di attestare, in modo univoco, la volontà del lavoratore a rinunciare ad un diritto già entrato nel suo patrimonio.

2.5. Il licenziamento orale.

Con una innovativa sentenza, **Sez. L, n. 03822/2019, Amendola F., Rv. 652914-01**, ha stabilito che il lavoratore che impugni il licenziamento allegandone l'intimazione senza l'osservanza della forma scritta ha l'onere di provare, quale fatto costitutivo della domanda, che la risoluzione del rapporto è ascrivibile alla volontà datoriale, seppure manifestata con comportamenti concludenti, non essendo sufficiente la prova della mera cessazione dell'esecuzione della prestazione lavorativa; nell'ipotesi in cui il datore eccepisca che il rapporto si è risolto per le dimissioni del lavoratore e all'esito dell'istruttoria - da condurre anche tramite i poteri officiosi *ex* art. 421 c.p.c. - perduri l'incertezza probatoria, la domanda del lavoratore andrà respinta in applicazione della regola residuale desumibile dall'art. 2697 c.c.

2.6. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Una particolare attenzione va riservata, anche quest'anno, alla casistica sottoposta al vaglio della Corte come ipotesi di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento, in ragione del cospicuo numero di pronunce intervenute in materia.

Sul profilo dell'idoneità della condotta del lavoratore a ledere l'elemento fiduciario, **Sez. L, n. 12777/2019, Marchese, Rv. 653834-01**, ha affermato che il rifiuto del lavoratore di adempiere la prestazione secondo le modalità indicate dal datore di lavoro è idoneo, ove non improntato a buona fede, a far venir meno la fiducia nel futuro adempimento e a giustificare pertanto il recesso, in quanto l'inottemperanza ai provvedimenti datoriali, pur illegittimi, deve essere valutata, sotto il profilo sanzionatorio, alla luce del disposto dell'art. 1460, comma 2, c.c., secondo il quale la parte adempiente può rifiutarsi di eseguire la prestazione a proprio carico solo ove tale rifiuto non risulti contrario alla buona fede, avuto riguardo alle

circostanze concrete. (Nella specie, relativa a un contratto di lavoro *part-time* in cui la prestazione, pur fissata nella durata settimanale, non era collocata temporalmente, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore che, senza attivare la procedura *ex art.* 8, comma 2, del d.lgs. n. 61 del 2000, si era rifiutato reiteratamente di adempiere alla prestazione nei giorni e secondo l'orario richiesto, pur osservato pacificamente per sette mesi).

Sulla delicata tematica del rilievo da attribuirsi alle condotte poste in essere in ambito extra-lavorativo, è stato ritenuto – da **Sez. L, n. 00428/2019, Di Paolantonio, Rv. 652222-01** – che il vincolo fiduciario può essere leso anche da una condotta estranea al rapporto lavorativo in atto, attinente non alla sola vita privata in senso stretto bensì a tutti gli ambiti nei quali si esplica la personalità del lavoratore e non necessariamente successiva all'instaurazione del rapporto, a condizione che, in tale secondo caso, si tratti di comportamenti appresi dal datore di lavoro dopo la conclusione del contratto e non compatibili con il grado di affidamento richiesto dalle mansioni assegnate e dal ruolo rivestito dal dipendente nell'organizzazione aziendale.

In applicazione del predetto principio, è stato giudicato legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per fatti commessi durante un precedente rapporto lavorativo con la stessa società di riscossione dei tributi, consistenti nell'abusivo accesso al sistema informatico e in varie infedeltà patrimoniali – parzialmente posti alla base di un primo recesso oggetto di transazione novativa – ma della cui complessiva portata il datore di lavoro era venuto a conoscenza solo dopo la seconda assunzione.

Ancora, **Sez. L, n. 08390/2019, Cinque, Rv. 653210-01**, ha puntualizzato che la condotta extralavorativa consistente nell'aver rivolto una minaccia grave a soggetti estranei al rapporto di lavoro rende legittima la misura espulsiva solo quando si rifletta sulla funzionalità del rapporto stesso e abbia compromesso le aspettative sul futuro puntuale adempimento della prestazione, dovendosi ritenere che una simile minaccia, a differenza di quella proferita nei confronti del datore di lavoro o in ambito lavorativo, non incida intrinsecamente sugli obblighi di collaborazione, fedeltà e subordinazione cui è tenuto il dipendente.

Sul rilevante aspetto della valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione contestata, **Sez. L, n. 24619/2019, Negri della Torre, Rv. 655310-01**, ha precisato, in una fattispecie di licenziamento disciplinare, che il giudice di merito deve esaminare la condotta del lavoratore, in riferimento agli obblighi di diligenza e fedeltà, anche alla luce del “disvalore ambientale” che la stessa assume quando, in virtù della posizione professionale rivestita, può assurgere, per gli altri dipendenti dell'impresa, a modello diseducativo e disincentivante dal rispetto di detti obblighi. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva esaminato le contestazioni disciplinari elevate ad una lavoratrice senza tenere conto

della particolare responsabilità e del più intenso obbligo di diligenza derivanti dalle mansioni di gerente di un punto vendita).

Sempre in tema, **Sez. L, n. 18195/2019, Blasutto, Rv. 654484-01**, ha evidenziato che, ai fini della valutazione di proporzionalità, è insufficiente un'indagine che si limiti a verificare se il fatto addebitato è riconducibile alle disposizioni della contrattazione collettiva che consentono l'irrogazione del licenziamento, essendo sempre necessario valutare in concreto se il comportamento tenuto, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la prosecuzione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali, con particolare attenzione alla condotta del lavoratore che denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti e a conformarsi ai canoni di buona fede e correttezza.

Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la proporzionalità della misura espulsiva, in quanto la condotta di un portalettere che aveva distrutto la corrispondenza non era riportabile ad alcuna delle fattispecie di cui all'art. 54, comma VI, del c.c.n.l. Poste Italiane del 14 aprile 2011, trascurando il pregiudizio comunque arrecato all'azienda nella sua qualità di concessionario del servizio postale universale.

Sulla connessa problematica del valore parametrico delle previsioni collettive ai fini del giudizio di gravità e proporzionalità della condotta, **Sez. L, n. 13865/2019, Pagetta, Rv. 653844-01**, ha stabilito che, in materia disciplinare, non è vincolante la tipizzazione contenuta nella contrattazione collettiva ai fini dell'apprezzamento della giusta causa di recesso, essendo richiesto, comunque, l'accertamento in concreto della proporzionalità tra sanzione ed infrazione, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo, fermo restando, tuttavia, che, anche nel caso in cui proceda a valutazione autonoma della fattispecie contemplata dalla norma collettiva, il giudice del merito non può prescindere dalla considerazione del contratto collettivo e dalla scala valoriale ivi espressa nella individuazione delle ipotesi di rilievo disciplinare e nella relativa graduazione delle sanzioni. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che l'invio sporadico, da parte del dipendente, di alcune e-mail relative ad attività lavorativa svolta per conto proprio, mediante l'utilizzo della mail di proprietà aziendale durante l'orario di lavoro, costituisca condotta punibile con sanzione conservativa, in quanto non equiparabile a quelle, esplicitamente contemplate dal contratto collettivo quali fattispecie sanzionabili con il licenziamento, connotate, sotto il profilo oggettivo, dalla concreta idoneità delle stesse ad influire in vario modo sulla funzionalità dell'organizzazione dell'impresa o sulla serenità dell'ambiente di lavoro).

Sulla stessa linea, **Sez. L, n. 14063/2019, Boghetich, Rv. 653968-01**, ha riaffermato che, in tema di licenziamento per giusta causa, non è vincolante la tipizzazione contenuta nella contrattazione collettiva, rientrando il giudizio di gravità

e proporzionalità della condotta nell'attività sussuntiva e valutativa del giudice, avuto riguardo agli elementi concreti, di natura oggettiva e soggettiva, della fattispecie, ma la scala valoriale formulata dalle parti sociali deve costituire uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale dell'art. 2119 c.c. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito che aveva rigettato l'impugnativa del licenziamento irrogato per l'indebito utilizzo per acquisti della carta dipendenti, senza operare alcuna parametrizzazione con le previsioni di giusta causa codificate dalle parti sociali).

Resta fermo che non può essere irrogato un licenziamento per giusta causa quando questo costituisca una sanzione più grave di quella prevista dal contratto collettivo in relazione ad una determinata infrazione (così **Sez. L, n. 19023/2019, Marchese, Rv. 654495-01**, che ha cassato la sentenza di merito che, a fronte del contratto collettivo che prevedeva il licenziamento solo per condotte dolose, si era limitata ad accertare la natura colposa della violazione senza, peraltro, verificare se la stessa fosse punita con sanzione conservativa).

Ai fini della legittimità del licenziamento disciplinare irrogato per un fatto astrattamente costituente reato, non rileva la valutazione penalistica del fatto né la sua punibilità in sede penale, né la mancata attivazione del processo penale per il medesimo fatto addebitato, occorrendo effettuare – secondo **Sez. L, n. 21549/2019, Curcio, Rv. 654647-01** – una valutazione autonoma in ordine alla idoneità del fatto a integrare gli estremi della giusta causa o giustificato motivo del recesso.

Sul tema, di carattere generale, dei limiti del sindacato di legittimità sui profili attinenti al licenziamento disciplinare, si registrano, anche quest'anno, molteplici, significative pronunzie.

Sez. L, n. 14505/2019, Ponterio, Rv. 654062-01, ha precisato che il risultato della valutazione cui è pervenuto il giudice di merito in ordine alla riconducibilità, in concreto, della condotta contestata nel paradigma del giustificato motivo di recesso (ovvero della giusta causa), è sindacabile in sede di legittimità sotto il profilo della corretta interpretazione delle previsioni contrattuali e del giudizio di sussunzione nelle stesse della condotta addebitata. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ascrivito alle condotte punibili con la sanzione del licenziamento, ai sensi dell'art. 54, comma 5, lett. c, del c.c.n.l. Poste del 14 aprile 2011, il comportamento del direttore di un ufficio postale il quale, in violazione della normativa antiriciclaggio, aveva deliberatamente omesso di segnalare innumerevoli operazioni di prelievo in contanti poste in essere da alcuni clienti).

Con specifico riguardo alla portata del giudizio di sussunzione, **Sez. L, n. 13534/2019, Amendola F., Rv. 653963-01**, ha evidenziato che l'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c. (norma cd. elastica), compiuta dal giudice di merito – ai fini della individuazione della giusta causa di

licenziamento – non può essere censurata in sede di legittimità se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza del giudizio di sussunzione del fatto concreto, siccome accertato, nella norma generale, ed in virtù di una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli *standard*, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento per giusta causa di una lavoratrice che aveva aggredito fisicamente una collega sul luogo di lavoro, in quanto la ricorrente non aveva indicato i parametri integrativi del precetto normativo elastico che sarebbero stati violati dai giudici di merito, limitandosi a contrapporre una ricostruzione e valutazione dei fatti diversa rispetto a quella posta a base della decisione impugnata.

Analogamente, **Sez. L, n. 14504/2019, Ponterio, Rv. 654061-01**, ha affermato che l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare clausole generali come quelle della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito e del rispetto dei criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali, e dalla disciplina particolare, anche collettiva, in cui la concreta fattispecie si colloca, mentre l'applicazione in concreto del più specifico canone integrativo, così ricostruito, rientra nella valutazione di fatto devoluta al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito, che aveva escluso la riconducibilità della condotta accertata all'ipotesi di cui all'art. 54, comma 5, lett. c), del c.c.n.l. Poste del 14 aprile 2001, punita col licenziamento con preavviso, in assenza del requisito richiesto del “pregiudizio alla sicurezza ed alla regolarità del servizio con gravi danni alla Società o a terzi”, ed aveva ritenuto integrata la diversa fattispecie di cui all'art. 54, comma 4, lett. j), del c.c.n.l., che commina la sanzione conservativa a fronte di “abituale negligenza oppure per abituale inosservanza di leggi o regolamenti o degli obblighi di servizio nell'adempimento della prestazione di lavoro”, applicando la tutela reintegratoria di cui all'art. 18 st.lav. novellato).

2.7. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Nel corrente anno sono state affrontate significative questioni, per lo più inerenti ai requisiti integranti la fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed all'onere della prova del *repechage*.

Quanto al profilo concernente l'accertamento della riorganizzazione e del nesso causale, **Sez. L, n. 08661/2019, Marotta, Rv. 653449-01**, ha affermato che affinché possa configurarsi la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non è sufficiente accertare la sussistenza delle ragioni addotte dal datore di lavoro a

sostegno della modifica organizzativa da lui attuata, essendo sempre necessario che dette ragioni incidano, in termini di causa efficiente, sulla posizione lavorativa ricoperta dal lavoratore licenziato, solo così potendosi verificare la non pretestuosità del recesso. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento intimato perché, pur avendo accertato la riduzione del fatturato e l'eliminazione di una specifica attività aziendale, aveva rilevato che il lavoratore licenziato, formalmente inserito nell'organigramma quale addetto a tale attività, non vi era mai stato adibito in concreto).

Si ha difetto di nesso causale, ed è quindi illegittimo il licenziamento, ove intimato per risoluzione del contratto di appalto cui il lavoratore è stato adibito con assegnazione di mansioni non coerenti con l'inquadramento spettante (così **Sez. L, n. 03129/2019, Lorito, Rv. 652875-01**).

Quanto all'onere probatorio in tema di *repechage*, **Sez. L, n. 23789/2019, Blasutto, Rv. 655064-01**, ha evidenziato che la dimostrazione del fatto negativo costituito dall'impossibile ricollocamento del lavoratore può essere data dal datore di lavoro con la prova di uno specifico fatto positivo contrario o mediante presunzioni dalle quali possa desumersi quel fatto negativo. (Nella specie la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento per la mancata prova dell'inesistenza di posizioni nelle quali poter ricollocare il lavoratore per ognuno degli appalti gestiti dal datore e per l'omessa indicazione della qualifica di inquadramento dei nuovi assunti, necessaria per valutare la fungibilità delle relative mansioni con quelle svolte dal lavoratore licenziato).

Sempre in tema, **Sez. L, n. 29099/2019, Patti, Rv. 655704-01**, ha precisato che, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo a causa della soppressione del posto cui era addetto il lavoratore, il datore ha l'onere di provare non solo che al momento del licenziamento non sussistesse alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa per l'espletamento di mansioni equivalenti, ma anche, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, di aver prospettato al dipendente, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale.

Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato al lavoratore in seguito all'esternalizzazione dell'attività svolta da quest'ultimo, al quale era stata previamente offerta una posizione di mansione inferiore – non esistendo posti disponibili del suo livello di inquadramento – dal medesimo rifiutata.

Sez. L, n. 31520/2019, Cinque, Rv. 655997-01, ha chiarito che in tema di licenziamento per soppressione del posto di lavoro, ai fini dell'obbligo del *repechage*, non vengono in rilievo tutte le mansioni inferiori dell'organigramma aziendale, ma solo quelle che siano compatibili con le competenze professionali del lavoratore,

ovvero quelle che siano state effettivamente già svolte, contestualmente o in precedenza, senza che sia previsto un obbligo del datore di lavoro di fornire un'ulteriore o diversa formazione del prestatore per la salvaguardia del posto di lavoro.

Con riguardo alla peculiare fattispecie della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, **Sez. L, n. 26607/2019, Ponterio, Rv. 655398-02**, ha chiarito che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo da parte del somministratore nei confronti del dipendente è subordinato alla prova dell'impossibilità di reperire, per un congruo periodo di tempo, occasioni di lavoro compatibili con la professionalità originaria o acquisita del lavoratore, nonché dell'impossibilità di mantenerlo in condizione di ulteriore disponibilità. (Fattispecie in cui è stata ritenuta non dimostrata l'impossibilità della ricollocazione essendo stata accertata l'esistenza, presso l'utilizzatrice, all'epoca di cessazione della missione, di numerose attività, aperte e vacanti, cui il lavoratore poteva essere assegnato).

Con la stessa pronunzia – **Sez. L, n. 26607/2019, Ponterio, Rv. 655398-03** – è stato puntualizzato che lo svolgimento della procedura di riqualificazione professionale *ex art. 25 del c.c.n.l. del 7 aprile 2014* non esonera il datore di lavoro, nell'ambito di un contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, dall'onere della prova dell'impossibilità di reimpiego del dipendente, in applicazione della disciplina legale in materia, non derogata, sul punto, dalla contrattazione collettiva, potendo l'esito della procedura suddetta costituire elemento indiziario valutabile dal giudice unitamente al restante materiale probatorio.

Sulla questione del licenziamento intimato per impossibilità di svolgimento della prestazione, **Sez. L, n. 29104/2019, Boghetich, 655851-01**, ha ritenuto che nel rapporto di lavoro fra un istituto di vigilanza e la guardia giurata dipendente, il venir meno dei titoli abilitativi alle specifiche mansioni (decreto di nomina e/o licenza di porto d'armi) configura, ai sensi dell'art. 120 del c.c.n.l. dipendenti di istituti e imprese di vigilanza 2013-2015, un'ipotesi di impossibilità relativa della prestazione, che può comportare il recesso del datore *ex art. 1464 c.c.* per mancato interesse alla prosecuzione, da configurarsi quale licenziamento per giustificato motivo oggettivo, richiedente il preventivo esperimento del procedimento di conciliazione di cui all'art. 7 della l. n. 604 del 1966, come novellato dall'art. 1, comma 40, della l. n. 92 del 2012.

Sul tema del licenziamento intimato per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una condizione di *handicap*, **Sez. L, n. 13649/2019, Ponterio, Rv. 653966-02**, ha affermato che sussiste l'obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro ai fini della legittimità del recesso, che discende, pur con riferimento a fattispecie sottratte *ratione temporis* all'applicazione dell'art. 3, comma 3 *bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003, di recepimento dell'art. 5 della Dir. 2000/78/CE,

dall'interpretazione del diritto nazionale in modo conforme agli obiettivi posti dal predetto art. 5, considerato l'obbligo del giudice nazionale di offrire una interpretazione del diritto interno conforme agli obiettivi di una direttiva anche prima del suo concreto recepimento e della sua attuazione.

Sulla base di tale principio, la S.C. ha ritenuto illegittimo il licenziamento intimato ad un dipendente – dichiarato inidoneo alle mansioni di autista ed adibito, inizialmente, a compiti di aiuto meccanico e, successivamente, a mansioni di addetto alle pulizie, per essersi il medesimo rifiutato di svolgere tali ultime mansioni – sul rilievo che la stessa società datrice aveva dimostrato di poter adibire il lavoratore ai predetti compiti, compatibili con le menomazioni fisiche ed in adempimento dell'obbligo di adozione di accorgimenti ragionevoli esigibili.

Sulla individuazione della nozione di disabilità, ai fini della tutela in materia di licenziamento, **Sez. L, n. 13649/2019, Ponterio, Rv. 653966-01**, ha precisato che la nozione in questione deve essere costruita in conformità al contenuto della Direttiva n. 78/2000/CE del 27 novembre 2000, sulla parità di trattamento in materia di occupazione, come interpretata dalla CGUE, quindi quale limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori.

Nello stesso senso è **Sez. L, n. 29289/2019, Blasutto, Rv. 655853-01**, la quale ha confermato la decisione del giudice di merito, che, nell'ambito di una procedura *ex l.* n. 223 del 1991, aveva dichiarato illegittimo perché discriminatorio il licenziamento del lavoratore cui, per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni svolte, non era stato attribuito alcun punteggio aggiuntivo rispetto agli altri dipendenti non affetti da disabilità.

E' stato inoltre precisato – da **Sez. L, n. 27502/2019, Pagetta, Rv. 655524-01** – che ai fini dell'accertamento dell'obbligo, posto a carico del datore di lavoro dall'art. 3, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 216 del 2003, della verifica della possibilità di adottare adattamenti organizzativi nei luoghi di lavoro, il lavoratore deve allegare e provare la limitazione risultante dalle proprie menomazioni fisiche, mentali e psichiche durature e il fatto che tale limitazione, in interazione con barriere di diversa natura, si traduca in un ostacolo alla propria partecipazione, piena ed effettiva, alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, posto che non ogni situazione di infermità fisica che renda il lavoratore inidoneo alle mansioni di assegnazione risulta *ex se* riconducibile alla nozione di disabilità di cui alla disposizione suddetta.

2.8. Licenziamento discriminatorio e ritorsivo.

Con una rilevante pronuncia **Sez. L, n. 14254/2019, Lorito, Rv. 653974-01**, ha affermato che é discriminatorio e produce gli effetti reintegratori e risarcitori di cui all'art. 18, comma 1, della l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, il licenziamento collettivo di lavoratrici intimato in violazione dell'art. 5, comma 2, della l. n. 223 del 1991 (come modificato dall'art. 6, comma 5-*bis*, del d.l. n. 148 del 1993, inserito in sede di conversione con l. n. 236 del 1993), quando la percentuale femminile di manodopera licenziata è superiore a quella delle addette alle medesime mansioni proprie dell'ambito aziendale interessato dalla procedura.

In tema di comportamenti datoriali discriminatori, nel caso di discriminazione diretta la disparità di trattamento è determinata dalla condotta, nel caso di discriminazione indiretta la disparità vietata è l'effetto di un atto, di un patto, di una disposizione, di una prassi in sé legittima; ne consegue che, essendo diversi i presupposti di fatto e, conseguentemente, le allegazioni che devono sorreggere le rispettive azioni, viola il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato il giudice che senza una specifica richiesta, ed in mancanza di specifiche allegazioni, pur nell'identità del *petitum*, muti la *causa petendi* e qualifichi come diretta la discriminazione indiretta prospettata dalla parte. (In applicazione di tale principio, **Sez. L, n. 20204/2019, Garri, Rv. 654788-01**, ha cassato la sentenza di merito che aveva qualificato come richiesta di accertamento di discriminazione diretta la domanda di un lavoratore, che chiedeva venisse dichiarato nullo il licenziamento intimatogli per essere indirettamente discriminatoria la disciplina collettiva sul comportamento quando applicata ai lavoratori disabili, sostituendo la *causa petendi* dedotta con altra fondata su un fatto diverso da quello allegato).

Quanto al licenziamento ritorsivo, **Sez. L, n. 09468/2019, Blasutto, Rv. 653614-01**, ha rilevato che il motivo illecito addotto *ex* art. 1345 c.c. deve essere determinante, cioè costituire l'unica effettiva ragione di recesso, ed esclusivo, nel senso che il motivo lecito formalmente addotto risulti insussistente nel riscontro giudiziale; ne consegue che la verifica dei fatti allegati dal lavoratore, ai fini dell'applicazione della tutela prevista dall'art. 18, comma 1, st.lav. novellato, richiede il previo accertamento della insussistenza della causale posta a fondamento del licenziamento. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, invece di vagliare in via preliminare il giustificato motivo oggettivo addotto, aveva operato un indebito giudizio di comparazione tra i motivi ritorsivi indicati dal lavoratore e le ragioni datoriali).

Sul ricorrente tema dell'onere della prova, **Sez. L, n. 23583/2019, Blasutto, Rv. 655062-01**, ha ribadito che l'onere in questione grava sul lavoratore, ben potendo, tuttavia, il giudice di merito valorizzare a tal fine tutto il complesso degli elementi

acquisiti al giudizio, compresi quelli già considerati per escludere il giustificato motivo oggettivo, nel caso in cui questi elementi, da soli o nel concorso con altri, nella loro valutazione unitaria e globale consentano di ritenere raggiunta, anche in via presuntiva, la prova del carattere ritorsivo del recesso.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, dopo avere escluso la sussistenza in concreto del giustificato motivo, aveva posto in relazione tra loro gli elementi indiziari acquisiti al giudizio, unitamente alla circostanza della contiguità temporale tra il rientro dalla malattia del lavoratore e l'intimazione del recesso, così ritenendo – secondo una valutazione dell'*id quod plerumque accidit* – che l'iniziativa datoriale non trovasse altra plausibile spiegazione se non nella rappresaglia per la lunga malattia.

2.9. Periodo di comportamento e licenziamento.

Sez. L, n. 5752/2019, Balestrieri, Rv. 652923-01, ha stabilito che, in tema di licenziamento per superamento del comportamento, il datore di lavoro non deve specificare i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive, anche sulla base del novellato art. 2 della l. n. 604 del 1966, che impone la comunicazione contestuale dei motivi, fermo restando l'onere di allegare e provare compiutamente in giudizio i fatti costitutivi del potere esercitato; tale principio, tuttavia, trova applicazione nel comportamento cd. “secco” (unico ininterrotto periodo di malattia), ove i giorni di assenza sono facilmente calcolabili anche dal lavoratore, mentre, nel comportamento cd. per sommatoria (plurime e frammentate assenze) occorrerà una indicazione specifica delle assenze computate, in modo da consentire la difesa al lavoratore. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione del giudice di merito che, in una ipotesi di comportamento per sommatoria, aveva ritenuto irrilevante la mancata risposta del datore alla richiesta del lavoratore di specificazione del numero di assenze).

Con una significativa pronuncia, **Sez. L, n. 19661/2019, Marchese, Rv. 654740-01**, ha evidenziato che nei rapporti di lavoro ai quali non si applica l'art. 18 della l. n. 300 del 1970, secondo la normativa *ratione temporis* vigente, gli effetti del licenziamento dichiarato nullo, ai sensi dell'art. 2110, comma 2, c.c., perché intimato in mancanza del superamento del periodo cd. di comportamento, non sono regolati, in via di estensione analogica, dalla disciplina dettata dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966, bensì, in assenza di una espressa regolamentazione, da quella generale del codice civile.

2.10. Divieti di licenziamento.

Il diritto alla conservazione del posto di lavoro del dipendente collocato in congedo straordinario *ex* art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, per la necessità

di prestare assistenza ad un congiunto in situazione di disabilità grave, pone un divieto al licenziamento fondato sulla fruizione del congedo medesimo ed è finalizzato a garantire al lavoratore la certezza di un trattamento economico e di sostegno per il periodo di assistenza, analogamente a quanto avviene per la malattia. Ne consegue – secondo **Sez. L, n. 05425/2019, Marchese, Rv. 652919-01** – che il recesso datoriale intimato al lavoratore per ogni altra causa, diversa e legittima, durante la fruizione del congedo, non è nullo, bensì, al più, inefficace fino al termine dello stesso.

2.11. Licenziamento del socio di società cooperativa di produzione e lavoro.

In conformità alla ricostruzione operata da Sez. U, n. 27436/2017, Perrino, Rv. 646129-01, **Sez. L, n. 08386/2019, Blasutto, Rv. 653209-01**, ha ribadito che in tema di estinzione del rapporto del socio lavoratore di cooperativa, ove per le medesime ragioni afferenti al rapporto lavorativo siano stati contestualmente emanati la delibera di esclusione ed il licenziamento, l'omessa impugnativa della delibera di esclusione non fa venire meno l'interesse del lavoratore ad impugnare il licenziamento, atteso che l'effetto estintivo del rapporto di lavoro derivante dall'esclusione dalla cooperativa, preclusivo della tutela restitutoria, non elide, di per sé, l'illegittimità del licenziamento, cui si può porre rimedio con la tutela risarcitoria.

Stesso principio è stato affermato da **Sez. L, n. 08224/2019, Cinque, Rv. 653412-01**, la quale ha precisato che la tutela risarcitoria deve essere modulata secondo i criteri di cui all'art. 8 della l. n. 604 del 1966 (ed ha quindi cassato la decisione di merito che aveva riconosciuto ai soci lavoratori – in conformità alle domande avanzate in giudizio – la tutela risarcitoria *ex* artt. 7 e 18, comma 6, st.lav. novellato).

2.12. Il licenziamento del dirigente.

Sez. L, n. 09665/2019, Pagetta, Rv. 653618-01, ha riaffermato che nell'ipotesi di licenziamento individuale del dirigente d'azienda, cui, ai sensi dell'art. 10 della l. n. 604 del 1966, non trova applicazione la disciplina limitativa dei licenziamenti, la nozione di giustificatezza del recesso si discosta da quella di giustificato motivo ed è ravvisabile ove sussista l'esigenza, economicamente apprezzabile in termini di risparmio, della soppressione della figura dirigenziale in attuazione di un riassetto societario e non emerga, in base ad elementi oggettivi, la natura discriminatoria o contraria a buona fede della riorganizzazione; il giudice deve limitarsi al controllo sull'effettività delle scelte imprenditoriali poste a base del licenziamento, non potendo sindacare il merito di tali scelte, garantite dal precetto di cui all'art. 41 Cost.

Sulla base di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di appello che, senza entrare nel merito delle scelte datoriali, aveva ritenuto insussistente il nesso di causalità tra la situazione rappresentata nella lettera di licenziamento e la soppressione del posto di responsabile *marketing*.

Con una rilevante sentenza, **Sez. L, n. 05372/2019, Arienzo, Rv. 652776-01**, ha evidenziato che quando l'erogazione delle indennità collegate alla cessazione del rapporto di lavoro presupponga, in base al c.c.n.l. di settore, che il licenziamento non sia giustificato, l'ingiustificatezza può formare oggetto di un accertamento incidentale nel giudizio sulle spettanze economiche, senza necessità di un'autonoma impugnazione del licenziamento; ne consegue che la mancata presentazione o l'intervenuta prescrizione della domanda di annullamento del recesso datoriale non precludono l'esame della domanda relativa alle indennità.

Con riguardo ad una questione particolare concernente i presupposti per il riconoscimento dell'indennità supplementare al trattamento di fine rapporto prevista per i dirigenti di azienda dall'accordo interconfederale del 27 aprile 1995, **Sez. L, n. 24355/2019, Negri della Torre, Rv. 655129-01**, ha precisato che la predetta indennità deve essere riconosciuta al dipendente nel caso in cui il licenziamento sia obiettivamente causato da ristrutturazione, riorganizzazione, riconversione o crisi aziendale, non essendo necessario che ad esso consegua una effettiva cesura del rapporto di lavoro e che il dipendente versi, pertanto, in stato di disoccupazione. (In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha cassato la pronuncia di merito che aveva negato l'emolumento in presenza di un licenziamento intimato da una società posta in amministrazione straordinaria, seguito da riassunzione ad opera del cessionario, quale speciale modalità di trasferimento del lavoratore *ex art. 5, comma 2 ter*, del d.l. n. 347 del 2003, conv. dalla l. n. 39 del 2004).

2.13. Il licenziamento del lavoratore in età pensionabile.

Le sentenze meritevoli di segnalazione riguardano, anche quest'anno, la nota questione relativa alle modalità di risoluzione del rapporto.

Sez. L, n. 00521/2019, Ponterio, Rv. 652227-01, ha rimarcato, nel solco di un indirizzo che può dirsi consolidato, che nel lavoro privato, ai fini della risoluzione del rapporto per limiti di età anagrafica del lavoratore, il datore di lavoro è tenuto a comunicare per iscritto il proprio recesso, con osservanza dei termini di preavviso, atteso che il compimento dell'età pensionabile o il raggiungimento dei requisiti per l'attribuzione del diritto al trattamento pensionistico di vecchiaia da parte del lavoratore, determinano soltanto il venir meno del regime di stabilità del rapporto (con conseguente recedibilità *ad nutum*) ma non anche l'automatica estinzione dello stesso, che, in assenza di un valido atto risolutivo del datore di lavoro, è destinato a

proseguire, con diritto del lavoratore alla retribuzione, anche successivamente al compimento del sessantacinquesimo anno di età.

Il recesso *ad nutum* non è però consentito – per **Sez. L, n. 00435/2019, Amendola F., Rv. 652226-01** - nei confronti della lavoratrice in età pensionabile ed in possesso dei requisiti per la pensione di anzianità, posto che solamente la maturazione del diritto al pensionamento di vecchiaia incide sul regime del rapporto di lavoro, come desumibile dall'art. 4, comma 2, della l. n. 109 del 1990, norma insuscettibile di applicazione analogica, che, nell'escludere la tutela reale per i licenziamenti illegittimi nei confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni aventi i requisiti pensionistici, fa riferimento ai presupposti per l'accesso alla pensione di vecchiaia (e non di anzianità), solo al verificarsi dei quali il lavoratore ha l'onere di impedire la cessazione del regime di stabilità, entro un certo termine decadenziale, esercitando l'opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

2.14. Somministrazione di lavoro e licenziamento.

Con una sentenza (già in precedenza menzionata al § 2.7) che non fa registrare precedenti in termini, **Sez. L, n. 26607/2019, Ponterio, Rv. 655398-01**, ha affermato che in tema di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, al rapporto tra agenzia e dipendente si applica la disciplina dei licenziamenti individuali, restando indifferenti, rispetto alle tutele inderogabili del lavoro subordinato, le vicende del contratto commerciale; ne consegue che la grave mancanza del lavoratore, anche ove idonea a determinare la cessazione della missione, può integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento solo se ricorrano i presupposti previsti dall'art. 2119 c.c. o dall'art. 3 della l. n. 604 del 1966, così come non costituiscono di per sé giustificato motivo oggettivo la cessazione della missione presso l'utilizzatore e l'estinzione del contratto tra quest'ultimo e l'agenzia.

2.15. L'impugnazione del licenziamento e le decadenze.

Sez. L, n. 00523/2019, Ponterio, Rv. 652563-01, nel ribadire che l'azione per far valere l'inefficacia del licenziamento verbale non è subordinata all'impugnazione stragiudiziale, anche a seguito delle modifiche apportate dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010 all'art. 6 della l. n. 604 del 1966, mancando l'atto scritto da cui la norma fa decorrere il termine di decadenza, ha cassato la decisione di merito che, a fronte della domanda di costituzione del rapporto di lavoro proposta ai sensi dell'art. 29, comma 3-bis, del d.lgs. n. 276 del 2003, ha accolto l'eccezione di decadenza ritenendo presuntivamente provato il licenziamento intimato dall'appaltatore per effetto del subentro di altra impresa, in mancanza di un atto scritto di recesso.

Ponendo fine a passate incertezze applicative, **Sez. L, n. 16416/2019, Di Paolantonio, Rv. 654358-01**, ha precisato che la procura alle liti, conferita dal lavoratore al difensore in vista dell'impugnazione del licenziamento, attribuisce al procuratore il potere di compiere tutte le attività, anche stragiudiziali, alle quali è condizionato il valido esercizio dell'azione, sicché ove la procura stessa venga rilasciata in data antecedente all'atto di impugnazione *ex art. 6 della l. n. 604 del 1966*, quest'ultimo, se sottoscritto dal solo difensore, spiega effetti nella sfera giuridica del rappresentato anche nell'ipotesi in cui al datore di lavoro non sia stato contestualmente comunicato in copia l'atto attributivo del potere di rappresentanza, dovendosi ritenere che l'anteriorità della procura rispetto all'atto di impugnazione escluda che si sia in presenza di attività compiuta da *falsus procurator* e renda dunque inapplicabile la disciplina della ratifica *ex art. 1399 c.c.* Ai fini della dimostrazione della anteriorità del rilascio rispetto al deposito del ricorso, la procura *ex art. 83 c.p.c.* è assistita da efficacia privilegiata anche in relazione alla data di compimento dell'atto, attestata dal difensore nell'esercizio di una funzione pubblicistica.

In senso analogo, in precedenza, **Sez. 6-L, 00018/01/2019, n. 1444, Cavallaro, Rv. 652612-01**, ha affermato che l'impugnativa stragiudiziale *ex art. 6 della l. n. 604 del 1966* può efficacemente essere eseguita in nome e per conto del lavoratore licenziato dal suo difensore previamente munito di apposita procura, senza che il suddetto rappresentante abbia l'onere di comunicarla o documentarla, nel termine di cui al citato articolo, al datore di lavoro, salvo che questi non gliene faccia richiesta prima della scadenza del termine di sessanta giorni (e comunque prima che il lavoratore agisca in giudizio) ai sensi dell'art. 1393 c.c., applicabile *ex art. 1324 c.c.* anche agli atti unilaterali.

In conformità ad un precedente dello scorso anno (Sez. L, n. 27948/2018, Amendola F., Rv. 651389-01), **Sez. L, n. 14057/2019, Marchese, Rv. 653967-01**, ha ribadito che, ai sensi del riformulato art. 6 della l. n. 604 del 1966, se alla richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato effettuata dal lavoratore consegue il rifiuto datoriale, che si perfeziona, senza che occorra alcuna comunicazione alla DTL o al prestatore, con il mancato deposito presso la commissione della memoria difensiva nei venti giorni successivi al ricevimento della richiesta, il lavoratore è tenuto a depositare, in virtù della previsione del comma 2 del citato art. 6, il ricorso al giudice nel termine di decadenza di sessanta giorni, decorrente dal perfezionamento del rifiuto, senza che trovi applicazione – in ragione della natura speciale della disciplina – la regola generale della sospensione dei termini di decadenza di cui all'art. 410, comma 2, c.p.c.

Quanto all'azione giudiziale con la quale si contesti la legittimità del licenziamento, **Sez. L, n. 09675/2019, Torrice, Rv. 653619-01**, ha puntualizzato, in sintonia con un indirizzo che va progressivamente affermandosi, che la predetta

azione resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto, non essendo equiparabile a quella con la quale si fanno valere diritti autodeterminati; ciò in quanto la disciplina della invalidità del licenziamento è caratterizzata da specialità, rispetto a quella generale della invalidità negoziale, desumibile dalla previsione di un termine di decadenza per impugnarlo e di termini perentori per il promovimento della successiva azione di impugnativa; ne consegue che il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione che non aveva rilevato d'ufficio la violazione, dedotta tardivamente dal lavoratore, dell'art. 55 *bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui dispone che il procedimento disciplinare deve essere concluso entro il termine di 120 giorni dalla sua apertura).

2.16. Applicazioni della legge “Fornero”.

Le questioni innescate dalla riforma del 2012 hanno nel corrente anno trovato pressoché definitiva soluzione.

Per comodità di trattazione verranno dapprima esaminate quelle concernenti il licenziamento disciplinare – ove, tra l'altro, è affrontata la problematica della valenza delle previsioni della contrattazione collettiva ai fini della tutela applicabile – e, successivamente, quelle relative al recesso per giustificato motivo oggettivo, ove abbonda la casistica in tema di “manifesta insussistenza del fatto”.

E' stata riconfermata – **da Sez. L, n. 03655/2019, Balestrieri, Rv. 652870-01** – la tesi secondo cui l'insussistenza del fatto contestato, che rende applicabile la tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18, comma 4, st. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della l. n. 92 del 2012, comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, come nel caso del dipendente che, durante il periodo di assenza per malattia, svolga un'altra attività lavorativa, senza che ciò determini, per le sue concrete modalità di svolgimento, alcun rischio di aggravamento della patologia né alcun ritardo nella ripresa del lavoro, e dunque senza violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto.

Secondo **Sez. L, n. 19579/2019, Patti, Rv. 654501-01**, qualora il comportamento addebitato al lavoratore, consistente nel rifiuto di rendere la prestazione secondo determinate modalità, sia giustificato dall'accertata illegittimità dell'ordine datoriale e dia luogo pertanto a una legittima eccezione d'inadempimento, il fatto contestato deve ritenersi insussistente perché privo del carattere dell'illiceità, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria attenuata. (Nella specie, a fronte della variazione dell'orario di lavoro decisa dal datore in forza di una clausola di flessibilità prevista dal c.c.n.l., il rifiuto della lavoratrice, lungi dall'essere frutto di

una scelta unilaterale ed arbitraria, è stato ritenuto legittimato da una specifica statuizione giudiziale, in ragione di certificate esigenze di tutela della salute).

Il fatto contestato va ritenuto insussistente nell'ipotesi di querela presentata dal lavoratore nei confronti dei superiori gerarchici, costituendo la medesima esercizio di un diritto ove non risulti provata la finalità calunniosa (così **Sez. L, n. 25799/2019, Garri, Rv. 655390-02**, in fattispecie in cui il lavoratore aveva denunciato per falsa testimonianza alcuni colleghi e superiori chiamati in qualità di testimoni su circostanze articolate dal datore di lavoro nell'ambito di un giudizio civile intentato contro quest'ultimo per il riconoscimento di mansioni superiori, senza che fosse stata accertata la consapevolezza del lavoratore medesimo circa la falsità dei fatti denunciati in sede penale).

Nel caso di pluralità di addebiti, l'insussistenza del fatto contestato è configurabile solo qualora nessuno degli addebiti – ciascuno autonomamente considerato da presumere base idonea per giustificare la sanzione – sia sussistente o se, comunque, possa dirsi che anche i fatti accertati come verificatisi siano disciplinarmente del tutto irrilevanti (così **Sez. L, n. 26764/2019, Bellé, Rv. 655514-02**).

Sempre in tema, **Sez. L, n. 31529/2019, Boghetich, 655998-01**, ha precisato che nel caso di licenziamento disciplinare intimato per una pluralità di distinti ed autonomi comportamenti, solo alcuni dei quali risultino dimostrati, la “insussistenza del fatto” si configura qualora possa escludersi la realizzazione di un nucleo minimo di condotte che siano astrattamente idonee a giustificare la sanzione espulsiva, o se si realizzi l'ipotesi dei fatti sussistenti ma privi del carattere di illiceità, ferma restando la necessità di operare, in ogni caso, una valutazione di proporzionalità tra la sanzione ed i comportamenti dimostrati; ne consegue che, nell'ipotesi di sproporzione tra sanzione e infrazione, va riconosciuta la tutela risarcitoria se la condotta dimostrata non coincida con alcuna delle fattispecie per le quali i contratti collettivi o i codici disciplinari applicabili prevedono una sanzione conservativa, ricadendo la proporzionalità tra le “altre ipotesi” di cui all'art. 18, comma 5, della l. n. 300 del 1970, come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012, per le quali è prevista la tutela indennitaria cd. forte.

Nell'affermare che, ove risulti accertata una condotta inquadrata nell'ambito di quelle punite dal contratto collettivo solo con sanzione conservativa, va riconosciuta, a fronte dell'intimato licenziamento disciplinare, la tutela reintegratoria di cui all'art. 18, comma 4, st. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012, **Sez. L, n. 02288/2019, Pagetta, Rv. 652566-01**, ha cassato la sentenza di merito che aveva invece accordato la tutela indennitaria cd. forte in una ipotesi in cui non era stato investito di censura il presupposto, affermato nella stessa sentenza, della riconducibilità delle condotte contestate nelle previsioni collettive non tipizzate –

relative alla trascuratezza nell'adempimento degli obblighi contrattuali, ovvero alla trasgressione dei regolamenti interni – per le quali il contratto collettivo prevedeva la sanzione conservativa.

Con una significativa pronunzia, **Sez. L, n. 12365/2019, Boghetich, Rv. 653758-01**, ha chiarito che ove la condotta addebitata al lavoratore abbia un pari disvalore disciplinare rispetto a quelle punite dal c.c.n.l. con sanzione conservativa, il giudice, sebbene gli sia precluso applicare la tutela reintegratoria alle ipotesi non tipizzate dalla contrattazione collettiva – giacché, nel regime introdotto dalla l. n. 92 del 2012, tale tutela costituisce l'eccezione alla regola rappresentata dalla tutela indennitaria, presupponendo l'art. 18, comma 4, della l. n. 300 del 1970, l'abuso consapevole del potere disciplinare, che implica una conoscenza preventiva, da parte del datore di lavoro, della illegittimità del provvedimento espulsivo, derivante o dalla insussistenza del fatto contestato o dalla chiara riconducibilità della condotta tra le fattispecie ritenute dalle parti sociali inidonee a giustificare l'espulsione del lavoratore –, se ritiene che tale condotta non costituisca comunque giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento, utilizzando la graduazione delle infrazioni disciplinari articolate dalle parti collettive come parametro integrativo delle clausole generali di fonte legale, ai sensi dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. n. 183 del 2010, potrà dichiarare illegittimo il recesso e, risolto il rapporto di lavoro, applicare la tutela indennitaria prevista dall'art. 18, comma 5, della l. n. 300 del 1970. (Nella fattispecie, relativa a un lavoratore sorpreso dal proprio superiore gerarchico, durante il turno di lavoro notturno, addormentato presso una diversa zona dello stabilimento, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, ritenuta tale condotta assimilabile al cd. abbandono del posto di lavoro, infrazione punita dal c.c.n.l. addetti Industria Metalmeccanica con sanzione conservativa, aveva applicato la tutela reintegratoria).

Su analoga problematica, **Sez. L, n. 19578/2019, Patti, Rv. 654500-01**, ha precisato che l'accesso alla tutela reale di cui all'art. 18, comma 4, st. lav., divenuta eccezionale a seguito della modifica introdotta dalla l. n. 92 del 2012, presuppone una valutazione di proporzionalità della sanzione conservativa al fatto in addebito tipizzata dalla contrattazione collettiva, potendosi procedere ad un'interpretazione estensiva delle clausole contrattuali soltanto ove esse appaiano inadeguate per difetto dell'espressione letterale rispetto alla volontà delle parti, tradottasi in un contenuto carente rispetto all'intenzione.

Sulla base di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, in un caso di inosservanza delle fasce di reperibilità, aveva riconosciuto la tutela reintegratoria attenuata in assenza di apposita previsione sulla base di una valutazione comparativa di minore gravità rispetto alle ipotesi punite con sanzione conservativa, quali la simulazione di malattia ovvero le assenze arbitrarie di durata non superiore a cinque giorni.

Stesso principio è stato ribadito da **Sez. L, n. 31839/2019, Amendola F., 656001-01**, con la precisazione che non è possibile procedere ad un'interpretazione estensiva delle clausole contrattuali nel caso in cui il risultato sia quello di ridurre la portata della norma costituente la regola con l'introduzione di nuove eccezioni (conseguendone che solo ove il fatto contestato e accertato sia espressamente contemplato da una previsione di fonte negoziale vincolante per il datore di lavoro, che tipizzi la condotta del lavoratore come punibile con sanzione conservativa, il licenziamento illegittimo sarà anche meritevole della tutela reintegratoria).

In senso analogo, **Sez. L, n. 13533/2019, Pagetta, Rv. 653962-01**, ha puntualizzato che l'accesso alla tutela reale di cui all'art. 18, comma 4, st. lav., come modificato dalla l. n. 92 del 2012, presuppone una valutazione di proporzionalità fra sanzione conservativa e fatto in addebito tipizzata dalla contrattazione collettiva, mentre, laddove il c.c.n.l. rimetta al giudice la valutazione dell'esistenza di un simile rapporto di proporzione in relazione al contesto, al lavoratore spetta la tutela indennitaria di cui all'art. 18, comma 5, st. lav., non ravvisandosi in tale disciplina una disparità di trattamento – connessa alla tipizzazione o meno operata dalle parti collettive delle condotte di rilievo disciplinare – bensì l'espressione di una libera scelta del legislatore, fondata sulla valorizzazione dell'autonomia collettiva in materia.

Sez. L, n. 29102/2019, Amendola F., Rv. 655706-01, ha riconfermato, sulla scia di Sez. L, n. 10435/2018, Boghetich, Rv. 648343-01, il principio per cui la verifica del requisito della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore.

In applicazione del suddetto principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito nella quale era stata ravvisata l'illegittimità del licenziamento, con conseguente applicazione dell'art. 18, comma 4, st. lav. novellato, per non esser stata, tra l'altro, in alcun modo provata dal datore la impossibilità di ricollocare il lavoratore in altra postazione lavorativa, risultando così integrata la evidente e facilmente verificabile assenza di uno dei presupposti giustificativi del licenziamento cui è riferibile il suddetto requisito.

Ricorre l'ipotesi della “manifesta insussistenza del fatto”, di cui al comma 7 dell'art. 18, st. lav., come novellato dalla l. n. 92 del 2012, allorché il nesso causale tra il riassetto organizzativo e la soppressione del posto di lavoro occupato dal lavoratore licenziato sia eliso da una condotta datoriale obiettivamente e palesemente artificiosa, in quanto diretta all'esercizio di un potere di selezione arbitraria del personale da licenziare, come tale integrante il presupposto per l'applicazione della tutela di cui al comma 4 del predetto art. 18 (così **Sez. L, n. 07167/2019, Negri della Torre, Rv.**

653429-01, che ha confermato la sentenza di merito che aveva disposto la reintegrazione di una lavoratrice, licenziata a seguito della soppressione del reparto cui era addetta, sul rilievo che la collocazione della stessa presso tale reparto, destinato ad essere soppresso in breve tempo, era avvenuta in evidente esubero).

Sempre in argomento, **Sez. L, n. 29101/2019, Amendola F., Rv. 655705-01**, ha evidenziato che la ritenuta mancanza di un nesso causale tra recesso datoriale e motivo addotto a suo fondamento è sussumibile nell'alveo di quella particolare evidenza richiesta per integrare la manifesta insussistenza del fatto che giustifica, ai sensi dell'art. 18, comma 7, l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, la tutela reintegratoria attenuata. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito nella quale era stato ritenuto che la giustificazione adottata a supporto del licenziamento, incentrata sul venir meno dell'attività dal lavoratore dedicata al telegiornale ed alle trasmissioni di un canale televisivo ceduto dalla società datoriale ad altra emittente televisiva, fosse stata smentita dall'istruttoria, essendo emerso che il predetto lavoratore, al momento del recesso, era adibito in via prevalente ad altre mansioni, rimanendo così escluso il necessario nesso causale tra la cessione del canale televisivo ed il licenziamento).

Non è sussumibile – per **Sez. L, n. 00181/2019, Marchese, Rv. 652220-01** – nell'alveo della manifesta insussistenza del fatto, che va riferita solo ad una evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, assenza dei presupposti di legittimità del recesso, l'insufficienza probatoria in ordine all'adempimento dell'obbligo di *repêchage*.

Sez. L, n. 29893/2019, Patti, Rv. 655719-02, ha stabilito che in caso di licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore, il tema della ricollocazione del prestatore in ambito aziendale rientra nel cd. obbligo di *repêchage*, la cui verifica incide sul requisito della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”, previsto dall'art. 18, comma 7, st.lav. novellato, da intendere come una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti legittimanti il recesso, che ne consenta di apprezzare la chiara pretestuosità, con accertamento di merito incensurabile, in quanto tale, in sede di legittimità. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione della Corte territoriale di riconoscere la tutela reintegratoria attenuata in un caso in cui il lavoratore, divenuto fisicamente inidoneo, aveva accettato di svolgere le mansioni inferiori assegnategli, sia pure contestando l'inquadramento applicato).

Il licenziamento causato dal trasferimento d'azienda non è nullo ma annullabile per difetto di giustificato motivo oggettivo, in quanto l'art. 2112 c.c. non pone un generale divieto di recesso datoriale ma si limita ad escludere che la vicenda traslativa possa di per sé giustificarlo; ne consegue che il licenziamento intimato in vista di una futura fusione societaria – non ancora attuale al momento del recesso – concretizza

l'ipotesi della manifesta insussistenza del fatto (così **Sez. L, n. 03186/2019, Balestrieri, Rv. 652879-01**).

Sulla scorta di un precedente (Sez. L, n. 10435/2018, Boghetich, Rv. 648343-02) dell'anno scorso, **Sez. L, n. 02930/2019, Bellé, Rv. 652605-02**, ha ribadito che ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18, comma 4, st. lav., come novellato dalla l. n. 92 del 2012, il giudice è tenuto ad accertare che vi sia una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento e, in caso di esito positivo di tale verifica, a procedere all'ulteriore valutazione discrezionale sulla non eccessiva onerosità del rimedio, essendo altrimenti applicabile la sola tutela risarcitoria di cui all'art. 18, comma 5. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che, omettendo completamente le suddette verifiche, aveva riconosciuto la tutela reale in favore di una giornalista adibita a un ufficio di corrispondenza all'estero come collaboratrice fissa, sulla base della semplice constatazione che il datore di lavoro non aveva provato il venir meno dell'esigenza di tale figura professionale).

Sez. L, n. 08660/2019, Marotta, Rv. 653213-01, ha evidenziato che la procedura di conciliazione prevista dall'art. 7 della l. n. 604 del 1966, come novellato dall'art. 1, comma 40, della l. n. 92 del 2012, deve essere attivata prima dell'intimazione del licenziamento; qualora invece l'attivazione sia successiva alla formale comunicazione del recesso, il datore di lavoro incorre in una violazione procedurale rilevante ai fini dell'applicazione della tutela prevista dall'art. 18, comma 6, della l. n. 300 del 1970, senza che ciò tuttavia determini una sospensione del termine per impugnare il licenziamento stabilito dall'art. 6 della stessa l. n. 604 del 1966.

2.17. Applicazioni del d.lgs. n. 23 del 2015.

Con la prima pronuncia intervenuta in relazione alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 23 del 2015, avente ad oggetto un tema tra i più spinosi, anche con implicazioni sull'interpretazione di analoga previsione introdotta dalla legge "Fornero", **Sez. L, n. 12174/2019, Marchese, Rv. 653756-01**, ha precisato che "l'insussistenza del fatto materiale" contestato al lavoratore, ai fini della pronuncia reintegratoria di cui all'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare.

2.18. Le conseguenze del licenziamento illegittimo.

Con una rilevante pronuncia, **Sez. L, n. 29105/2019, Boghetich, Rv. 655852-01**, ha affermato che in tema di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato,

l'ultima retribuzione globale di fatto, cui dev'essere commisurata l'indennità risarcitoria in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarato illegittimo, deve essere parametrata al tipo di danno subito dal lavoratore, *id est* la prosecuzione della missione presso l'utilizzatore, nel caso di indebita interruzione della stessa, ovvero la prosecuzione della disponibilità del lavoratore, nel caso in cui la cessazione del rapporto con l'utilizzatore non sia imputabile all'agenzia; ne consegue che il risarcimento corrisponderà, nel primo caso, alla retribuzione percepita presso l'utilizzatore, e, nel secondo caso, all'indennità di disponibilità percepita dal lavoratore al momento del licenziamento.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva commisurato l'indennità risarcitoria alla retribuzione da ultimo percepita presso l'utilizzatore, sul rilievo che il licenziamento era stato dichiarato illegittimo perché il lavoratore aveva concluso la missione nonostante non fosse risultata provata la contemporanea interruzione del contratto commerciale tra datore di lavoro-utilizzatore e agenzia.

Con riferimento ad una questione specifica, **Sez. L, n. 00086/2019, Ponterio, Rv. 652536-01**, ha puntualizzato che l'indennità supplementare al trattamento di fine rapporto prevista per i dirigenti di azienda dall'accordo interconfederale del 27 aprile 1995 deve essere riconosciuta al dipendente nel caso in cui il licenziamento sia obiettivamente causato da ristrutturazione, riorganizzazione, riconversione o crisi aziendale, al di là della motivazione formalmente adottata dal datore di lavoro.

In materia di computo dei prestatori di lavoro ai fini dell'applicabilità dell'art. 18 st.lav., **Sez. L, n. 06947/2019, Patti, Rv. 653083-01**, ha precisato che a seguito della disciplina introdotta dalla legge 3 aprile 2001, n. 142, in una società cooperativa anche i soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato devono essere computati ai fini del requisito dimensionale per l'applicazione del regime di stabilità del rapporto di lavoro, con la conseguenza della fruibilità anche dai lavoratori dipendenti non soci della tutela prevista dall'art. 18 l. n. 300 del 1970, nel testo novellato dall'art. 1, comma 42, l. n. 92 del 2012.

Quanto al vecchio testo dell'art. 18 st. lav., **Sez. L, n. 15379/2019, Patti, Rv. 654106-01**, ha evidenziato che nell'ipotesi di ordine di reintegrazione del lavoratore ai sensi dell'art. 18, comma 4, della l. n. 300 del 1970, nel testo applicabile anteriormente alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, il diritto al ripristino del rapporto e al risarcimento del danno non è subordinato, diversamente da quanto accade nel caso di conversione a tempo indeterminato di un contratto a tempo determinato per nullità del termine, alla messa in mora del datore di lavoro mediante l'offerta della prestazione lavorativa da parte del lavoratore, atteso che quest'ultimo mette a disposizione le proprie energie lavorative già con l'impugnativa in via stragiudiziale del recesso illegittimo, a fronte del rifiuto datoriale di riceverne la

prestazione, manifestato con l'intimazione del licenziamento. (Nella specie, la S.C. ha censurato la decisione di merito che, dopo la sentenza di accertamento dell'illegittimità di un licenziamento intimato da una società poi fallita, con relative condanne reintegratoria e risarcitoria, aveva escluso dallo stato passivo il credito del lavoratore, avente per oggetto le retribuzioni maturate nel periodo successivo alla sentenza, sul presupposto dell'assenza di prova dell'offerta della prestazione alla società datrice per esserne riassunto).

Con riguardo agli effetti della riforma della pronuncia di primo grado sulle poste economiche derivanti dalla declaratoria di illegittimità dell'atto espulsivo, **Sez. L, n. 21617/2019, Negri della Torre, Rv. 655010-01**, ha affermato che l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato ha natura esclusivamente risarcitoria del danno subito per l'illegittimo licenziamento, così che, in caso di riforma della sentenza che aveva dichiarato l'illegittimità del recesso, le somme percepite dal lavoratore perdono il loro titolo legittimante – in quanto viene meno l'illecito civile ascritto al datore di lavoro – e debbono essere conseguentemente restituite fin dal momento della riforma.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 05759/2019, Boghetich, Rv. 652924-01**, ha evidenziato che in caso di illegittimità del licenziamento, il diritto riconosciuto al lavoratore dall'art. 18, comma 3, della l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, di optare fra la reintegrazione nel posto di lavoro e l'indennità sostitutiva, in quanto atto negoziale autonomo nell'esercizio di un diritto potestativo derivante dalla declaratoria di illegittimità del licenziamento, non soggiace agli effetti espansivi della sentenza di riforma previsti dall'art. 336, comma 2, c.p.c.

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza della corte di appello che, in sede di revocazione, aveva ritenuto estinto il rapporto di lavoro di un dirigente che aveva esercitato l'opzione all'esito della fase sommaria del cd. rito Fornero, benché la pronuncia di nullità del licenziamento fosse stata riformata nel giudizio di opposizione prima di essere nuovamente dichiarata in sede di reclamo.

2.19. Il preavviso.

Con una significativa sentenza intervenuta in materia di “contratti di prossimità”, **Sez. L, n. 19660/2019, Garri, Rv. 654739-01**, ha affermato che in tema di contrattazione aziendale, le specifiche intese *ex art. 8* del d.l. n. 138 del 2011, conv. con modif. in l. n. 148 del 2011, in quanto normativamente preordinate, tra l'altro, a finalità di gestione di crisi aziendali ed occupazionali, possono operare anche in deroga alle disposizioni di legge in tema di conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, prevedendo l'esclusione del trattamento sostitutivo a titolo di mancata effettuazione del preavviso, che, nell'ambito di un'operazione di licenziamento

collettivo, mira ad assicurare un minor costo sociale dell'operazione in questione e a salvaguardare la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Sez. L, n. 09268/2019, Ponterio, Rv. 653613-01, ha precisato che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, lo stato di gravidanza sopravvenuto durante il periodo di preavviso se non è causa di nullità del recesso - per la quale rileva, ai sensi dell'art. 54, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, il momento in cui il licenziamento è intimato e non quando diviene efficace – costituisce evento idoneo a determinare la sospensione del periodo di preavviso *ex* art. 2110 c.c., con conseguente applicabilità della relativa disciplina.

3. Licenziamenti collettivi.

I temi di maggior rilievo affrontati nell'anno vertono sulle questioni: a) dei limiti del sindacato giudiziale sull'iniziativa datoriale; b) del rispetto delle procedure, soprattutto sul versante degli obblighi di comunicazione; c) della determinazione della platea dei lavoratori da licenziare e della delimitazione dei criteri di scelta.

Quanto alla prima questione, **Sez. L, n. 01515/2019, Lorito, Rv. 652602-01**, ha chiarito che la cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, qualificata dalla devoluzione alle parti sociali di un controllo preventivo sulla ricorrenza delle ragioni sottese alla procedura di riduzione del personale, non esclude che il giudice possa verificare l'intento elusivo del datore di lavoro nel far ricorso alla procedura in questione, mediante un accertamento di fatto dell'intera vicenda che ha portato al licenziamento. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza del giudice di merito, il quale aveva accertato che la totale cessazione dell'attività produttiva – addotta dalla società a giustificazione della mancata adozione di alcun criterio di scelta del personale in eccedenza – non si era in realtà verificata, in quanto la predetta società aveva acquisito ulteriori commesse durante la procedura di mobilità, e, subito dopo la chiusura di quest'ultima, aveva appaltato parte dei lavori a ditte esterne nonché proceduto alla riassunzione di alcuni dipendenti).

Quanto alla seconda, **Sez. L, n. 25807/2019, Amendola F., Rv. 655393-01**, ha rimarcato che il termine di sette giorni previsto dall'art. 4, comma 9, della l. n. 223 del 1991, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, per l'invio delle comunicazioni ai competenti uffici del lavoro ed alle organizzazioni sindacali, ha carattere cogente e perentorio e la sua violazione determina l'invalidità del licenziamento, a prescindere dalla circostanza che i lavoratori abbiano successivamente avuto conoscenza di tutti gli elementi che la comunicazione deve comunque avere ovvero che non sia stato dimostrato il danno derivante dalla mancata comunicazione, atteso che detta comunicazione è finalizzata a consentire alle OO.SS. (e, tramite queste, anche ai

singoli lavoratori) il controllo tempestivo sulla correttezza procedimentale dell'operazione posta in essere dal datore di lavoro, anche al fine di acquisire ogni elemento di conoscenza e non comprimere lo *spatium deliberandi* riservato al lavoratore per l'impugnazione del recesso nel termine di decadenza di cui all'art. 6 della l. n. 604 del 1966.

Sulla terza, **Sez. L, n. 05373/2019, Patti, Rv. 652777-01**, ha puntualizzato che in tema di licenziamento collettivo per riduzione di personale nell'ambito delle imprese cui si applica il c.c.n.l. del 31 maggio 2011 relativo ai servizi di pulizia e servizi integrati/multi servizi, qualora il progetto di ristrutturazione non si riferisca in modo esclusivo ad una specifica unità produttiva, nella determinazione della platea dei lavoratori da licenziare occorre fare riferimento all'intero complesso aziendale, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 223 del 1991, restando irrilevante che i lavoratori adibiti a un determinato appalto siano stati assunti in azienda in adempimento dell'obbligo di assunzione che grava sull'impresa subentrante in tale appalto, in forza dell'art. 4 del citato c.c.n.l.

L'annullamento del licenziamento collettivo per violazione dei criteri di scelta ai sensi dell'art. 5 della l. n. 223 del 1991 non può essere domandato indistintamente da ciascuno dei lavoratori licenziati ma soltanto da coloro che, tra essi, abbiano in concreto subito un pregiudizio per effetto della violazione, perché avente rilievo determinante rispetto alla collocazione in mobilità dei lavoratori stessi (così **Sez. L, n. 13871/2019, Piccone, Rv. 653845-01**).

Sez. L, n. 32387/2019, Cinque, Rv. 656052-01, ha affermato che non assume rilievo, ai fini dell'esclusione della comparazione con i lavoratori di equivalente professionalità addetti alle unità produttive non soppresse e dislocate sul territorio nazionale, la circostanza che il mantenimento in servizio di un lavoratore appartenente alla sede soppressa esigerebbe il suo trasferimento in altra sede, con aggravio di costi per l'azienda e interferenza sull'assetto organizzativo, atteso che, ove manchi o sia viziato l'accordo sui criteri di scelta con le organizzazioni sindacali, operano i criteri legali sussidiari previsti dall'art. 5, comma 1, della l. n. 223 del 1991, che non contempla tra i suoi parametri la sopravvenienza di costi aggiuntivi connessi al trasferimento di personale o la dislocazione territoriale delle sedi, rispondendo la regola legale all'esigenza di assicurare che i procedimenti di ristrutturazione delle imprese abbiano il minor impatto sociale possibile e non potendosi aprioristicamente escludere che il lavoratore, destinatario del provvedimento di trasferimento a seguito del riassetto delle posizioni lavorative in esito alla valutazione comparativa, preferisca una diversa dislocazione alla perdita del posto di lavoro.

E' stato precisato – da **Sez. L, n. 26029/2019, Amendola F., Rv. 655395-01** – che, nel caso di licenziamento collettivo, la violazione della quota di riserva prescritta dall'art. 3 della l. n. 68 del 1999 rientra nell'ipotesi di “violazione dei criteri di scelta”

in quanto assunti in contrasto con espressa previsione legale, ai sensi dell'art. 5, comma 3, della l. n. 223 del 1991, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria *ex art.* 18, comma 4, st.lav. novellato, quale opzione interpretativa rispettosa del dettato normativo e conforme alla finalità della disciplina – anche sovranazionale – in materia, posta a speciale protezione del disabile.

Con riferimento a fattispecie peculiare, **Sez. L, n. 14800/2019, Blasutto, Rv. 653985-01**, ha affermato che l'ambito della verifica da effettuare per disporre il collocamento in mobilità *ex art.* 4 della l. n. 223 del 1991 abbraccia l'impresa nel suo complesso e può estendersi anche a posizioni lavorative non comprese nel trattamento di integrazione salariale. Ne consegue che il provvedimento con il quale il lavoratore è stato collocato in CIGS non assume alcun rilievo in sede di impugnativa del licenziamento conseguente al collocamento in mobilità, la cui legittimità deve essere valutata con esclusivo riferimento agli accordi sindacali che ne costituiscono il fondamento specifico.

Sull'ampia premessa che il collegamento economico-funzionale tra imprese di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta e non determina *ex se* l'estensione degli obblighi inerenti al rapporto di lavoro con una di esse alle altre dello stesso gruppo, mentre la codatorialità nell'impresa di gruppo presuppone l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione economica complessiva cui appartiene il datore di lavoro formale nonché la condivisione della prestazione del medesimo, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo, da parte delle diverse società, che esercitano i tipici poteri datoriali e diventano datori sostanziali, anche ai fini dell'applicazione delle disposizioni in tema di licenziamento collettivo, **Sez. L, n. 00267/2019, Ponterio, Rv. 652540-01**, ha confermato la decisione di merito che, ravvisata una situazione di codatorialità per avere il lavoratore prestato la propria attività indistintamente per più imprese del gruppo, essendo sottoposto ai poteri direttivi della capofila, aveva dichiarato illegittimo il recesso disposto nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo riferita alla singola realtà aziendale invece che all'impresa di gruppo.

SEZIONE SECONDA

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO

CAPITOLO XX

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO CONTRATTUALIZZATO*

(DI GIOVANNI ARMONE E GIUSEPPE NICASTRO)

SOMMARIO: 1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. Giurisdizione, lavoro flessibile e lavoro a tempo determinato: rinvio. - 2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni. - 3. Retribuzione e altri trattamenti economici. - 4. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni - 5. Vicende del rapporto. - 6. Mobilità. - 7. Diritti sindacali. - 8. Illeciti disciplinari: questioni procedimentali e sostanziali. - 9. La cessazione del rapporto di lavoro. - 10. La dirigenza. - 10.1. La dirigenza nel comparto sanitario. - 11. La scuola: docenti e personale ATA - 12. I rapporti di lavoro nelle società cd. *in house*.

1. Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: introduzione. Giurisdizione, lavoro flessibile e lavoro a tempo determinato: rinvio.

La materia del pubblico impiego privatizzato ha formato oggetto anche nel 2019 di numerosi interventi della giurisprudenza di legittimità, che saranno di seguito passati in rassegna secondo un criterio che guarda anzitutto allo sviluppo cronologico del rapporto lavorativo, vale a dire dal momento costitutivo alla sua cessazione, passando per le sue diverse vicende modificative e per la materia disciplinare.

Due paragrafi specifici saranno poi dedicati alla dirigenza, con particolare attenzione a quella sanitaria.

Nella parte finale saranno poi analizzate le pronunce sul personale scolastico e quelle che riguardano i rapporti alle dipendenze delle società partecipate dallo Stato o da altri enti pubblici.

Per le decisioni in tema di giurisdizione nel pubblico impiego, nonché per quelle sul lavoro flessibile e a termine, a parte quelle concernenti le supplenze nella scuola, si fa rinvio invece al capitolo sul lavoro flessibile, par. 3.12.

* Giovanni Armone ha redatto i paragrafi nn. 1, 2, 8, 10, 10.1, 11, 12. ; Giuseppe Nicastro ha redatto i paragrafi nn. 3, 4, 5, 6, 7, 9.

2. La costituzione del rapporto di lavoro: assunzioni, reclutamenti, stabilizzazioni.

L'accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni continua a essere regolato, anche dopo la privatizzazione, da regole stringenti, in ossequio ai principi sanciti nell'art. 97 Cost. (legalità, imparzialità, buon andamento, accesso mediante concorso).

Nell'ambito della legislazione ordinaria, la norma-chiave è costituita dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, in cui è stata codificata la nota scissione tra la fase di reclutamento e quella di assunzione a tempo indeterminato, mediante contratto individuale di lavoro.

I vizi della procedura di reclutamento possono essere vagliati dal giudice amministrativo o dal giudice ordinario, a seconda che la procedura sia concorsuale o meno.

Qualora la controversia rientri nella cognizione del g.o., **Sez. L, n. 00268/2019, Tricomi I., Rv. 652541-01**, ha ricordato come l'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 attribuisca al giudice ampi poteri di accertamento, costitutivi e di condanna: pertanto, in caso di omessa valutazione di tutti gli aspiranti, in violazione della *lex specialis* stabilita dal bando e dei principi di correttezza, buona fede e buon andamento dell'amministrazione, ben può il giudice non solo dichiarare l'illegittimità della procedura selettiva svolta e della scelta così effettuata, ma anche ordinarne la rinnovazione.

Sul versante delle conseguenze che i vizi del reclutamento possono produrre sul singolo rapporto di lavoro, va anzitutto menzionata **Sez. L, n. 03644/2019, Di Paolantonio, Rv. 652874-01**.

Nel caso sottoposto all'attenzione del giudice di legittimità, davvero complesso e peculiare, l'assunzione viziata, il provvedimento di suo annullamento da parte dell'organo amministrativo di controllo e la sentenza del T.A.R., passata in giudicato, demolitoria dell'atto di annullamento per incompetenza risalivano a un'epoca anteriore alla privatizzazione. Successivamente, in epoca *post* privatizzazione (e dunque sotto la giurisdizione del g.o.), l'Amministrazione aveva nuovamente annullato l'atto di nomina. La Corte ha precisato che il giudicato amministrativo, eccetto dal lavoratore la cui nomina era stata annullata per la seconda volta, si forma solo in relazione ai vizi dell'atto di cui sia stata accertata la sussistenza o l'insussistenza; ne consegue che la pronuncia con cui il g.a. determini la caducazione per incompetenza di tale deliberazione non preclude all'Amministrazione, in sede di autotutela e al fine di evitare l'illegittimo esborso di risorse pubbliche, la possibilità di assumere le medesime determinazioni assunte con l'atto annullato dal giudice, con il solo limite di non incorrere nel vizio già accertato in sede giudiziale.

Nel regime privatizzato, la sottoscrizione del contratto individuale può avvenire solo a seguito del corretto espletamento delle procedure concorsuali previste dall'art. 35, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 165 del 2001, o per le qualifiche meno elevate nel rispetto delle modalità di avviamento di cui al combinato disposto di cui al richiamato art. 35, comma 1, lett. b, e dell'art. 23 del d.P.R. n. 487 del 1994.

La mancanza o la illegittimità di tali procedure si traduce in un vizio genetico del contratto, affetto pertanto da nullità, che l'amministrazione, in quanto tenuta a conformare il proprio operato alle norme inderogabili di legge, può unilateralmente far valere perché anche nei rapporti di diritto privato il contraente può rifiutare l'esecuzione del contratto nel caso in cui il vizio renda il negozio assolutamente improduttivo di effetti giuridici.

Sez. L, n. 11951/2019, Di Paolantonio, Rv. 653751-01, e Sez. L, n. 17002/2019, Di Paolantonio, Rv. 654364-01, hanno fatto applicazione delle due regole appena sintetizzate in un caso di mancato rispetto delle quote di riserva, imposte per legge, stabilendo che la violazione rende invalida la graduatoria dei vincitori e determina la nullità del contratto di lavoro stipulato con un aspirante all'assunzione non ricompreso nella categoria protetta nei casi in cui il posto di lavoro doveva essere assegnato ad un riservatario. L'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, nel prevedere un'automatica incidenza sul rapporto della pronuncia che accerta la violazione delle norme inerenti all'assunzione, configura infatti non già il vizio dell'annullabilità, ma quello, rilevabile d'ufficio, della nullità.

Sez. L, n. 30992/2019, Marotta, Rv. 655886-01, se n'è occupata, giungendo alle stesse conclusioni, in un caso di violazione delle norme concorsuali sull'attribuzione dei punteggi.

Il rispetto delle procedure di reclutamento non è d'altronde sufficiente a superare altri limiti posti dal d.lgs. n. 165 del 2001, come evidenziato **da Sez. L, n. 08671/2019, Bellè, Rv. 653215-01**, in un caso in cui la P.A. aveva attinto alle graduatorie formate all'esito di procedure concorsuali regolari per l'individuazione del lavoratore assunto a termine, o con altre forme di lavoro flessibile, il quale pretendeva poi la conversione e l'assunzione in quanto il contratto a termine era stato illegittimamente prorogato: la S.C. ha con nettezza ribadito che il divieto di conversione del rapporto a tempo indeterminato, di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, non ammette eccezioni e si applica anche nei casi in cui l'individuazione del lavoratore assunto a termine, o con altre forme di lavoro flessibile, è avvenuta utilizzando le graduatorie di procedure concorsuali ovvero all'esito delle procedure di reclutamento *ex art. 35*.

Con riferimento all'altra modalità di accesso all'impiego pubblico, quella delineata dall'art. 35, comma 1, lett. b) e consistente nell'avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito

della scuola dell'obbligo, **Sez. L, n. 25169/2019, Bellè, Rv. 655318-01**, ha ribadito che essa rappresenta solo una semplificazione dello strumento tecnico (il pubblico concorso), ma non il superamento delle esigenze di trasparenza ed imparzialità insite nel concetto di concorsualità e imposte dall'art. 97 Cost.; a tanto consegue che anche tali assunzioni vanno effettuate nel rispetto della graduatoria risultante dalle liste delle circoscrizioni territorialmente competenti, avuto riguardo agli iscritti alla prima classe delle liste medesime, secondo quanto precisato dalla l. n. 56 del 1987, art. 10, comma 1, lett. a) e cioè lavoratori disoccupati o in cerca di prima occupazione, ovvero lavoratori con occupazione temporanea subordinati o autonomi.

La nullità del contratto individuale di lavoro può poi derivare anche da altri vizi, come la produzione di falsi documentali o di dichiarazioni non veritiere da parte del lavoratore assunto.

Sez. L, n. 18699/2019, Bellè, Rv. 654488-01, ha però tracciato un'importante distinzione, precisando che tali infedeltà sono causa di decadenza, allorquando comportino la carenza di un requisito che avrebbe in ogni caso impedito l'instaurazione del rapporto di lavoro con la P.A; nelle altre ipotesi, le produzioni o dichiarazioni false effettuate in occasione o ai fini dell'assunzione possono comportare, una volta instaurato il rapporto, il licenziamento, ai sensi dell'art. 55-quater, lett d), del d.lgs. n. 165 del 2001, in esito al relativo procedimento disciplinare ed a condizione che, valutate tutte le circostanze del caso concreto, la misura risulti proporzionata rispetto alla gravità dei comportamenti tenuti.

Un ostacolo generale all'accesso all'impiego nella P.A. è poi dato da provvedimenti legislativi di blocco delle assunzioni per ragioni di contenimento della spesa pubblica.

In una vicenda concernente il mancato espletamento, da parte di una Regione, delle procedure per le progressioni verticali di carriera previste dalla contrattazione collettiva, **Sez. L, n. 11779/2019, Tria, Rv. 653746-01**, ha ritenuto corretta l'inerzia dell'ente regionale, sul presupposto che il blocco delle assunzioni e delle progressioni verticali, previsto dall'art. 1, comma 95, della l. n. 311 del 2004, si estenda agli enti locali, dovendo essere letto in combinato disposto con il comma 98 dello stesso articolo, che ha fissato precisi limiti alla spesa pubblica degli enti locali, in particolare di quella concernente il personale; né detta norma viola l'art. 117 Cost. perché, quale espressione del potere statale di coordinamento della finanza pubblica, incide solo indirettamente sulla organizzazione amministrativa dell'Ente.

Una precisazione in tema di concorsi pubblici per il personale del Servizio Sanitario Nazionale è stata fornita da **Sez. L, n. 28437/2019, Bellè, Rv. 655606-01**: l'art. 39, comma 12, della l. n. 449 del 1997, nel prevedere l'utilizzabilità entro il 31 dicembre 1998 delle graduatorie approvate successivamente al 31 dicembre 1993, attribuisce rilevanza alla data di "approvazione", rimandando al fatto storico

dell'adozione di tale atto, e non al momento in cui lo stesso è stato pubblicato o è divenuto efficace.

3. Retribuzione e altri trattamenti economici.

Come è noto, anche per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche il trattamento economico è regolato contrattualmente (art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001).

In proposito, va anzitutto segnalata **Sez. L, n. 31387/2019, Di Paolantonio, Rv. 655995-01**, che ha statuito che, nel pubblico impiego privatizzato – dove il rapporto di lavoro è disciplinato esclusivamente dalla legge e dalla contrattazione collettiva – non possono essere attribuiti trattamenti economici non previsti da tali fonti, nemmeno se di miglior favore. Da ciò la conseguenza che il trattamento economico previsto dai c.c.n.l. per i dirigenti medici di struttura complessa non può essere rivendicato da chi, al di fuori delle procedure concorsuali e selettive disciplinate dagli stessi contratti, sia stato preposto a una struttura che, seppure definita complessa dall'atto aziendale, non risponde ai requisiti richiesti dalle disposizioni regolamentari e collettive.

Sez. L, n. 06553/2019, Torrice, Rv. 653190-01, in continuità con Sez. L, n. 19043/2017, Boghetich, Rv. 645265-01, ha precisato la portata del principio di parità di trattamento sancito dall'art. 45 del d.lgs. n. 165 del 2001, chiarendo che esso vieta trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dalla contrattazione collettiva ma non costituisce parametro per giudicare le differenziazioni operate in questa sede, in quanto il legislatore ha lasciato piena autonomia alle parti sociali di prevedere trattamenti differenziati in funzione dei diversi percorsi formativi, delle specifiche esperienze maturate e delle diverse carriere professionali. La Corte ha in particolare escluso che integrasse una violazione del principio di parità di trattamento la previsione dell'art. 64 del c.c.n.l. area dirigenza sanitaria del 1996, là dove, nel riconoscere ai dirigenti avvocati e procuratori appartenenti al ruolo professionale, quale incentivo, lo specifico compenso di cui al r.d. n. 1578 del 1933, li esclude dall'indennità premio per la prestazione individuale, attribuita dall'art. 61 del medesimo contratto collettivo agli altri dirigenti.

Sempre riguardo alla portata del principio di parità di trattamento, con specifico riferimento al personale assunto a contratto dalle rappresentanze diplomatiche, dagli uffici consolari e dagli istituti di cultura (art. 45, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001), **Sez. L, n. 16755/2019, Di Paolantonio, Rv. 654243-01**, ha statuito che esso non può rivendicare una retribuzione diversa e superiore rispetto a quella pattuita nel contratto individuale se non per difformità dai parametri indicati dall'art. 157 del d.P.R. n. 18 del 1967, attuativi del precetto di cui all'art. 36 Cost., ovvero, per i

rapporti assoggettati alla legge italiana, dalla contrattazione collettiva. Lo stesso personale non può invece invocare, come parametro per quantificare la “giusta” retribuzione, un trattamento di miglior favore riconosciuto a un altro dipendente assegnato alla stessa sede con le medesime mansioni.

Al rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato si applica, altresì, il principio generale di irriducibilità della retribuzione, il quale vieta ogni peggioramento ingiustificato del trattamento economico antecedentemente maturato. È conseguenza di tale principio la statuizione di **Sez. L, n. 21475/2019, Torrice, Rv. 654852-01**, secondo cui l'indennità di cui agli artt. 12, comma 4, della l. n. 146 del 1980 e 11, comma 2, della l. n. 358 del 1991, spettante al personale già in servizio al SECIT e avente natura retributiva stabile e continuativa, non è venuta meno e non ha mutato i suoi caratteri né a seguito della privatizzazione del rapporto di impiego pubblico e dell'intervento della contrattazione collettiva, né per effetto della soppressione del SECIT, ai sensi dell'art. 45 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, con la conseguente conservazione dell'emolumento già percepito.

Sempre sul piano dei principi, fa applicazione di quello di corrispettività, di cui all'art. 2126 c.c., **Sez. L, n. 03314/2019, Torrice, Rv. 652868-01**, la quale ha chiarito che, qualora sia accertato che la prestazione lavorativa, resa in forza di un contratto formalmente qualificato di collaborazione autonoma *ex* art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, ha di fatto assunto i caratteri della subordinazione – sulla base di indici sintomatici quali la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione datoriale e l'assenza dei presupposti di legittimità richiesti dallo stesso art. 7 – da tale rapporto di lavoro consegue, ai sensi, appunto, dell'art. 2126 c.c., sia il diritto alla retribuzione sia l'obbligo dell'amministrazione pubblica datore di lavoro di versare la contribuzione previdenziale e assistenziale. Quest'ultimo obbligo sussiste senz'altro quanto meno in relazione ai compensi effettivamente percepiti dal lavoratore e, quindi, anche nel caso in cui la sua pretesa alle differenze retributive sia giudicata infondata per carenza di allegazioni idonee.

A proposito dell'azione proposta ai sensi dell'art. 2126 c.c., **Sez. L, n. 25169/2019, Bellè, Rv. 655318-02**, ha affermato che essa, avendo fonte in una specifica previsione di legge, è di natura contrattuale, sicché è onere del lavoratore allegare e dimostrare l'esistenza dei fatti generatori, consistenti nell'attuazione della prestazione di lavoro e nella conseguente quantificazione delle retribuzioni secondo la contrattazione collettiva applicabile, mentre grava su chi riceva tali prestazioni di lavoro la prova di quanto, in ragione della medesima vicenda sostanziale, il lavoratore ha comunque percepito e va quindi detratto dal dovuto. Secondo la stessa **Sez. L, n. 25169/2019, Bellè, Rv. 655318-01**, la domanda di condanna del datore di lavoro, sempre ai sensi dell'art. 2126 c.c., al pagamento delle retribuzioni dovute per lo

svolgimento di fatto di prestazioni di lavoro subordinato, anche con l'amministrazione pubblica, allorquando la pretesa originariamente esercitata di riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con tale datore di lavoro sia esclusa per ragioni di nullità o per divieti imposti da norme imperative, non costituisce domanda nuova e può quindi essere prospettata per la prima volta in grado di appello o anche posta d'ufficio a fondamento della decisione.

Circa l'assegno personale pensionabile riconosciuto, a norma degli artt. 3, comma 57, della l. n. 537 del 1993 e 202 del d.P.R. n. 3 del 1957, nei casi di passaggio di carriera, al personale con uno stipendio o una retribuzione superiori a quelli della nuova posizione – emolumento che è “pari alla differenza fra lo stipendio o retribuzione pensionabile in godimento all'atto del passaggio e quello spettante nella nuova posizione” – **Sez. L, n. 30071/2019, Torrice, Rv. 655864-01**, ne ha affermato la spettanza anche nel caso in cui il passaggio di carriera avvenga all'esito della favorevole partecipazione a una procedura concorsuale, alla luce sia dell'inequivoco tenore letterale delle anzidette disposizioni, sia della *ratio* delle stesse, le quali, vietando di attribuire un trattamento economico regressivo, mirano a favorire la mobilità volontaria nel pubblico impiego e a consentire alle diverse amministrazioni dello Stato di utilizzare le migliori competenze maturate, anche in altri settori dell'amministrazione, dai suoi dipendenti, in coerenza con il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione.

Con riguardo al personale cui si applicano le disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità contenute nel d.lgs. n. 151 del 2001, **Sez. L, n. 31137/2019, Tria, Rv. 655904-01**, ha statuito che le misure di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al d.lgs. n. 151 del 2001, hanno la funzione non solo di proteggere la salute della donna ma di soddisfare le esigenze puramente fisiologiche del minore, nonché di appagare i bisogni affettivi e relazionali del bambino per realizzare il pieno sviluppo della sua personalità, sicché devono essere riconosciute anche ai genitori adottanti, adottivi e agli affidatari, con modalità adeguate alla peculiarità della loro rispettiva situazione, e, in linea generale, non possono avere incidenza negativa sul trattamento retributivo complessivo degli interessati, con esclusione di particolari e specifici compensi quali, ad esempio, i compensi per lavoro straordinario e le indennità per prestazioni disagiate, pericolose o dannose per la salute, ove non ne ricorrano i presupposti.

Sempre a proposito del suddetto personale, la stessa **Sez. L, n. 31137/2019, Tria, Rv. 655904-02**, premesso che l'attribuzione del buono pasto è condizionata all'effettuazione della pausa pranzo che, a sua volta, presuppone, come regola generale, che il lavoratore osservi un orario di lavoro giornaliero di almeno sei ore (oppure altro orario superiore minimo indicato dalla contrattazione collettiva), ne ha tratto la conseguenza che i buoni pasto non possono essere attribuiti ai lavoratori

che, beneficiando delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità di cui al d.lgs. n. 151 del 2001, osservino, in concreto, un orario giornaliero effettivo inferiore alle suddette sei ore; né può valere l'equiparazione dei periodi di riposo alle ore lavorative di cui al comma 1 dell'art. 39 dello stesso decreto, che vale "agli effetti della durata e della retribuzione del lavoro", in quanto l'attribuzione dei buoni pasto non riguarda né la durata né la retribuzione del lavoro ma è finalizzata a compensare l'estensione dell'orario lavorativo disposta dalla pubblica amministrazione, con un'agevolazione di carattere assistenziale diretta a consentire il recupero delle energie psico-fisiche degli interessati.

Relativamente al trattamento economico del personale del comparto sanità, **Sez. L, n. 14508/2019, Marotta, Rv. 654064-01**, ha chiarito che, i sensi dell'art. 19, lett. b), del c.c.n.l. di detto comparto del 19 aprile 2004, i requisiti per il passaggio al livello economico Ds, con decorrenza dal 1° settembre 2003, sono dati dal riconoscimento, alla data del 31 agosto 2001, dello svolgimento di "reali funzioni di coordinamento", ai sensi dell'art. 10 del c.c.n.l. del 20 settembre 2001, e dall'effettivo svolgimento delle stesse funzioni.

A proposito del trattamento economico del personale del comparto università, vanno menzionate due pronunce.

Sez. L, n. 26615/2019, Di Paolantonio, Rv. 655513-01, ha chiarito che la graduazione della retribuzione di posizione in rapporto a ciascuna tipologia di incarico prevista dall'art. 62 del c.c.n.l. del 9 agosto 2000 per il suddetto personale ha natura discrezionale, sicché il giudice può sindacare l'operato dell'amministrazione unicamente sotto il profilo del rispetto delle regole procedurali cui è subordinato l'esercizio del potere nonché degli obblighi di correttezza e buona fede, i quali implicano il divieto di perseguire intenti discriminatori o ritorsivi e di determinarsi sulla base di motivazioni non ragionevoli. In tali casi, il dipendente può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della procedura valutativa, ovvero domandare il risarcimento del danno, non potendo il giudice sostituirsi al datore di lavoro nella formulazione del giudizio, mediante l'attribuzione del punteggio negato al lavoratore, salva l'ipotesi in cui lo stesso datore abbia limitato la propria discrezionalità prevedendo punteggi fissi da attribuire in relazione a titoli oggettivamente predeterminati.

Sez. L, n. 00426/2019, Torrice, Rv. 652542-01, ha invece statuito che, per il personale inquadrato nella categoria "elevate professionalità", l'attribuzione degli incarichi comportanti particolari responsabilità gestionali di posizioni organizzative complesse e il correlato diritto a percepire l'indennità di posizione nei termini previsti, rispettivamente, dall'art. 75 e dall'art. 76 del c.c.n.l. comparto università del 16 ottobre 2009, presuppongono che l'amministrazione abbia previamente

individuato gli incarichi che, per le particolari responsabilità che li connotano, richiedono l'“elevata professionalità” dei dipendenti chiamati a disimpegnarli.

Sulla remunerazione dei lettori di lingua straniera – la quale, come è noto, ha dato origine in passato a numerosi interventi legislativi e pronunce giurisprudenziali – **Sez. L, n. 18897/2019, Di Paolantonio, Rv. 654506-01**, ha fissato queste coordinate. I lettori di lingua straniera, divenuti collaboratori ed esperti linguistici, in applicazione dell'art. 1 del d.l. n. 2 del 2004, conv. con modif. dalla l. n. 63 del 2004, adottato per conformare l'ordinamento interno a quello dell'Unione europea, hanno diritto, proporzionalmente all'impegno orario assolto, a un trattamento economico corrispondente a quello del ricercatore confermato a tempo definito e pertanto anche al riconoscimento degli adeguamenti triennali della retribuzione con decorrenza dal primo contratto stipulato con l'università e sino alla data di instaurazione del nuovo rapporto, oltre che alla conservazione dell'eventuale condizione economica di maggior favore con percezione di un assegno *ad personam*. Resta, però, escluso che la loro retribuzione possa rimanere agganciata, anche per il periodo successivo alla stipula del contratto di collaborazione, alle dinamiche contrattuali previste per i ricercatori confermati a tempo definito, attesa la specificità propria del ruolo dei collaboratori linguistici, rispetto a quello dei docenti.

Sempre a proposito dei lettori di lingua straniera, **Sez. L, n. 28498/2019, Bellè, Rv. 655849-01**, ha affermato che l'accertamento, con sentenza passata in giudicato, dell'esistenza di un rapporto di lettorato per il quale fosse dovuta la retribuzione parametrata a quella del ricercatore a tempo definito non è impeditivo né della stipula di validi ed efficaci contratti di collaboratore esperto linguistico (C.E.L.), ai sensi del d.l. n. 120 del 1995, conv. con modif. dalla l. n. 236 del 1995, e delle norme a esso correlate, né dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 1 del d.l. n. 2 del 2004, conv. con modif. dalla l. n. 63 del 2004, anche come poi autenticamente interpretata dall'art. 26, comma 3, della l. n. 240 del 2010. Peraltro, restando i profili retributivi regolati dall'art. 1 del d.l. n. 2 del 2004, il maggior trattamento economico assicurato precedentemente alla stipula del contratto di C.E.L. va mantenuto, come eventuale emolumento di miglior favore, pur con l'applicazione della regola di riassorbimento di cui al menzionato art. 26, comma, della l. n. 240 del 2010. Va invece escluso il diritto al mantenimento, dopo la stipula del contratto di C.E.L., di diverse qualifiche formali (lettore, docente, etc.) che caratterizzassero il rapporto nella precedente fase di cd. lettorato, il che comporta il disconoscimento di ogni ipotetico diritto risarcitorio per il relativo mutamento.

Una forma particolare di remunerazione di alcuni dipendenti pubblici è quella prevista dall'art. 92, comma 6, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), secondo cui il trenta per cento della tariffa professionale relativa alla redazione di un atto di pianificazione comunque denominato è ripartito tra i dipendenti

dell'amministrazione aggiudicatrice che lo hanno redatto. **Sez. L, n. 21424/2019, Di Paolantonio, Rv. 655005-01**, ha precisato che tale previsione va letta alla luce di quanto previsto dai commi da 1 a 5 dello stesso art. 92 nonché dall'art. 90 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed è applicabile nei soli casi in cui l'atto di pianificazione sia prodromico e strettamente correlato alla realizzazione di un'opera pubblica.

A proposito dell'incentivo di cui all'art. 8 della l. n. 109 del 1994 (ora art. 92, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006), previsto per i dipendenti che hanno partecipato alle opere di progettazione, direzione o collaudo di opere pubbliche, **Sez. L, n. 21398/2019, Di Paolantonio, Rv. 655004-01**, ha precisato che esso va calcolato al netto dell'IRAP, quale onere posto a esclusivo carico dell'amministrazione, tenuta al versamento del tributo. Tuttavia, per il principio della necessaria copertura della spesa pubblica, le amministrazioni devono quantificare le somme che gravano sull'ente a titolo di IRAP, rendendole indisponibili, e successivamente procedere alla ripartizione dell'incentivo, corrispondendolo ai dipendenti interessati al netto degli oneri assicurativi e previdenziali.

Con riguardo ai dipendenti pubblici in aspettativa perché ammessi a corsi di dottorato di ricerca, **Sez. L, n. 15173/2019, Di Paolantonio, Rv. 654105-01**, ha chiarito che, nel caso di dottorato senza borsa o di rinuncia alla stessa, la conservazione del diritto a percepire il trattamento economico in godimento presso l'amministrazione di appartenenza, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 476 del 1984, come modificato dall'art. 52, comma 57, della l. n. 448 del 2001, deve intendersi come comprensivo di tutte le voci retributive spettanti in ragione della qualifica rivestita, con esclusione dei soli compensi caratterizzati da aleatorietà, perché subordinati alla ricorrenza di ulteriori condizioni, da verificare in relazione alle effettive modalità di svolgimento della prestazione.

In materia di trattamento economico dei dipendenti degli enti locali, **Sez. L, n. 30993/2019, De Marinis, Rv. 655887-01**, ha precisato che, ai fini della determinazione dell'indennità premio di fine servizio, non si deve tenere conto della retribuzione di posizione, neppure qualora tale emolumento integri parte fissa del globale trattamento retributivo del lavoratore, atteso che l'indennità per le funzioni dirigenziali non rientra fra gli emolumenti specificamente indicati dall'art. 11, comma 5, della l. n. 152 del 1968, né può considerarsi come componente dello stipendio nel senso adoperato da tale norma.

Conformemente a quanto già asserito in relazione al tentativo di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c. (Sez L, n. 19604/2014, Maisano, Rv. 632590-01), **Sez. L, n. 28743/2019, Marotta, Rv. 655611-01**, ha affermato che la comunicazione della richiesta di conciliazione secondo la procedura di cui agli artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165 del 2001 (applicabili *ratione temporis*) costituisce valido atto interruttivo della prescrizione dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro.

4. Classificazione del personale: categorie, qualifiche e mansioni.

Con riguardo alla classificazione dei dipendenti pubblici, al fine di stabilire le mansioni, oltre a quelle di assunzione, cui essi, secondo l'art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, possono essere adibiti, così come la definizione di quanto, ai sensi e per gli effetti dei successivi commi 4 e 5 dello stesso articolo, costituisce esercizio di mansioni superiori, **Sez. L, n. 29624/2019, Bellè, Rv. 655713-01**, ha statuito che essa è rimessa alla contrattazione collettiva e ciò sia nel regime previgente che in quello successivo alle modifiche apportate al suddetto comma 1 dall'art. 62, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2009.

La stessa **Sez. L, n. 29624/2019, Bellè, Rv. 655713-02**, ha altresì chiarito che l'equivalenza formale delle mansioni può essere definita dai contratti collettivi anche attraverso la previsione di aree omogenee nelle quali rientrano attività tutte parimenti esigibili e ciò ancorché, secondo una precedente classificazione, tali diverse attività – poi ricomprese nelle medesime aree – fossero da considerare come mansioni di diverso rilievo professionale e retributivo; pertanto, al dipendente che abbia svolto, nel previgente regime, mansioni considerate superiori a quelle di inquadramento, ricevendo il corrispondente maggior trattamento retributivo, e prosegua nello svolgimento delle medesime nella vigenza della nuova contrattazione – in cui sia le mansioni di cui al precedente inquadramento, sia quelle richieste, rientrino nell'ambito della stessa area – compete il solo trattamento proprio di quell'area e della posizione meramente economica di inquadramento secondo la nuova contrattazione, senza che, in mancanza di espresse previsioni contrarie di diritto transitorio della contrattazione collettiva sopravvenuta, l'assetto complessivo dei rapporti di lavoro quale definito da quest'ultima possa essere sindacato o manipolato, in vista della salvaguardia di pretese individuali fondate sulla previgente disciplina.

Quanto al procedimento logico giuridico per la determinazione dell'inquadramento di un lavoratore subordinato, **Sez. L, n. 30580/2019, Torrice, Rv. 655877-01**, premesso che esso si sviluppa in tre fasi successive – consistenti nell'accertamento in fatto delle attività lavorative in concreto svolte, nell'individuazione delle qualifiche e gradi previsti dal contratto collettivo di categoria e nel raffronto tra il risultato della prima indagine e i testi della normativa contrattuale individuati nella seconda – ha ribadito che l'osservanza di tale criterio “trifasico” non richiede che il giudice si attenga pedissequamente alla rigida e formalizzata sequenza delle azioni fissate dallo schema procedimentale, essendo sufficiente che ciascuno dei momenti di accertamento, di ricognizione e di valutazione trovi ingresso nel ragionamento decisorio (nello stesso senso, **Sez. L, n. 18943/2016, Negri della Torre, Rv. 641208-01**); ove, però, una delle suddette fasi venga omessa, o comunque della stessa non si dia conto nella sentenza impugnata, è configurabile il vizio di cui all'art.

360, primo comma, n. 3), c.p.c., perché l'omissione si risolve nell'errata applicazione dell'art. 2103 c.c. o, per l'impiego pubblico contrattualizzato, dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001. La Corte ha quindi cassato la sentenza di merito perché, in violazione dei principi indicati, non aveva: esaminato le declaratorie contrattuali relative al livello e al profilo professionale di inquadramento della lavoratrice al fine di individuarne gli elementi caratterizzanti; individuato il tratto che connotava la professionalità del livello di inquadramento posseduto e lo differenziava rispetto a quello rivendicato; preso in esame le mansioni della qualifica di appartenenza della lavoratrice, rapportandovi l'attività svolta, al fine di verificare la pertinenza o no dell'attività svolta ai compiti della posizione superiore di cui era stata chiesta l'attribuzione; dato conto delle caratteristiche professionali del profilo di "segretaria di azienda" come risultanti dalla contrattazione collettiva per riferirvi le mansioni svolte dalla lavoratrice; indagato sulla prevalenza, dal punto di vista quantitativo, dei compiti assunti come svolti rispetto a quelli riferibili al livello e alla qualifica superiori.

Come è noto, diversamente che nel settore privato, nel pubblico impiego contrattualizzato l'esercizio di fatto di mansioni superiori, non corrispondenti alla qualifica di appartenenza, non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione (art. 52, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001) ed egli ha diritto alle sole differenze retributive (art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001).

Ne è una conseguenza quanto affermato da **Sez. L, n. 18901/2019, Bellè, Rv. 654494-01**, circa gli effetti, nel pubblico impiego contrattualizzato, del giudicato di accertamento dello svolgimento di mansioni superiori. La Corte ha precisato, in particolare, che tale giudicato, non comportando l'acquisizione della miglior qualifica ma solo la condanna al pagamento delle differenze retributive, ha efficacia vincolante anche per i periodi successivi solo se il lavoratore, immutata la disciplina collettiva, alleggi e provi il reiterarsi delle mansioni superiori anche in tale arco temporale.

Circa il compenso spettante al dipendente pubblico per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, **Sez. 6-L, n. 02102/2019, Doronzo, Rv. 652614-01**, ha ribadito – in continuità con Sez. L, n. 18808/2013, Garri, Rv. 628344-01 – che esso, da riconoscere nella misura indicata nel menzionato art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni o alle previsioni dei contratti collettivi, né all'operatività del nuovo sistema di classificazione del personale introdotto dalla contrattazione collettiva, atteso che una diversa interpretazione sarebbe contraria all'intento del legislatore di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 della Costituzione.

Come statuito da **Sez. L, n. 13536/2019, Fernandes, Rv. 653841-01**, le maggiori competenze spettanti in seguito allo svolgimento di fatto di mansioni superiori,

peraltro, in quanto emolumenti non fissi né continuativi, non possono considerarsi utili ai fini della riliquidazione – prevista dal regolamento per il trattamento di previdenza e di quiescenza del personale impiegatizio dell'INPS – del trattamento pensionistico integrativo in corso di godimento a carico del Fondo di previdenza di tale personale e, di conseguenza, non devono essere assoggettate a contribuzione.

Sez. L, n. 27395/2019, Tricomi I., Rv. 655523-01, ha statuito che i lavoratori appartenenti all'area C del c.c.n.l. enti pubblici non economici del 1999 hanno competenza a svolgere tutte le fasi del processo, con conseguente assunzione di responsabilità, pur con ampiezza diversa in funzione del diverso livello di sviluppo ricoperto all'interno dell'area; il personale dell'area B, invece, esegue fasi di attività nell'ambito di direttive di massima e di procedure predeterminate, rispondendo solo dei risultati relativi alla singola fase. Pertanto, per il riconoscimento delle mansioni superiori riconducibili all'area C occorre verificare la competenza in capo al lavoratore a svolgere tutte le fasi del processo, senza che sia necessario anche l'effettivo svolgimento di tutte le fasi. Facendo applicazione di tali principi, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva riconosciuto l'inquadramento nell'area C in capo a un dipendente dell'INPS perché competente a seguire tutto il procedimento di iscrizione/inquadramento delle aziende, benché egli non apponesse la sottoscrizione in calce al provvedimento finale.

Nell'ambito della suddetta area C del c.c.n.l. enti pubblici non economici del 1999, **Sez. L, n. 29093/2019, Tricomi I., Rv. 655850-01**, ha precisato che i tratti differenziali fra il personale delle due posizioni C3 e C4 vanno individuati nell'attribuzione al solo personale C4 della responsabilità formale di conduzione di un ufficio (struttura organizzativa) e del lavoro affidato ai collaboratori, coordinando le attività, organizzando le risorse assegnate, e con responsabilità del raggiungimento dei relativi risultati di produzione.

Con riguardo al personale appartenente all'area C del c.c.n.l. comparto ministeri 1998-2001, **Sez. L, n. 32707/2019, Di Paolantonio, Rv. 656053-01**, ha precisato che la posizione C2 si caratterizza, sia in relazione alla direzione di unità operative che con riferimento alle attività ispettive, per la maggiore complessità della prestazione richiesta. In particolare: quanto alla direzione, il lavoratore C1 è preposto a unità operative di rilevanza esterna e opera nell'ambito di normative generali laddove quello C2 dirige unità operative a rilevanza esterna delle quali è tenuto a garantire l'attività assumendosene la responsabilità; quanto all'attività ispettiva, i compiti del lavoratore della posizione superiore non si esauriscono nelle verifiche e nei controlli di competenza del lavoratore C1.

Secondo **Sez. L, n. 31378/2019, Di Paolantonio, Rv. 655995-01**, non esiste un diritto soggettivo dei funzionari professionisti, tecnico scientifici e di ricerca, dipendenti del Ministero per i beni e le attività culturali, all'istituzione di una

“disciplina separata” a opera della contrattazione collettiva di riferimento, atteso che l'autonomia di questa nell'individuazione della disciplina in questione, avuto riguardo al quadro normativo di fonte legale, presuppone necessariamente, a monte, la possibilità che le parti della negoziazione non raggiungano, al riguardo, alcun accordo.

Sez. L, n. 20915/2019, Marotta, Rv. 654797-01, ha escluso che sia viziato da nullità, per violazione dell'art. 40 del d.lgs. n. 265 del 2011 (applicabile *ratione temporis*), l'art. 12 del c.c.n.i. della Croce Rossa Italiana del 20 febbraio 2009, nella parte in cui descrive i profili professionali socio-sanitari, in quanto, senza che possa ravvisarsi alcun contrasto con i limiti posti dall'art. 22, comma 1, lett. a) del contratto nazionale degli enti pubblici non economici 1998–2001, detta previsione non configura una ricollocazione del personale nell'ambito delle diverse aree, bensì una diversa e più chiara definizione dei profili professionali. In applicazione di tale principio, la Corte ha affermato che il menzionato contratto integrativo aveva legittimamente previsto un nuovo sistema di inquadramento degli autisti soccorritori, senza operare alcuna trasposizione di figure professionali da un'area all'altra.

Da segnalare, infine, tre pronunce che, originate tutte dalla fattispecie dei contratti di portierato con gli enti previdenziali – aventi, originariamente, natura privatistica – si sono espresse sulle conseguenze dell'assegnazione dei lavoratori a mansioni inerenti l'attività amministrativa dell'ente previdenziale.

Con la prima di tali pronunce, **Sez. L, n. 29897/2019, Bellè, Rv. 655859-01**, è stato affermato che, pur dopo la privatizzazione del pubblico impiego, non è impedita la stipula di contratti di lavoro con la pubblica amministrazione regolati dalla disciplina privatistica, quando vi sia una norma speciale che lo preveda o per rapporti di lavoro cd. anomali per l'assolvimento di compiti non riconducibili alle finalità istituzionali. In dette ipotesi, la successiva assegnazione a mansioni inerenti all'attività amministrativa propria dell'ente non comporta automaticamente la trasformazione del rapporto privatistico in un rapporto pubblico contrattualizzato, a meno che detta trasformazione non sia prevista dal legislatore, in armonia con il dettato dell'art. 97 Cost. Nella fattispecie – concernente, appunto, i portieri degli enti previdenziali che, dopo la dismissione degli immobili, siano stati addetti a mansioni inerenti all'attività amministrativa dell'ente – la Corte ha ritenuto la trasformazione del rapporto in lavoro pubblico contrattualizzato, in virtù della previsione dell'art. 43, comma 19, della l. n. 388 del 2000.

Negli stessi termini, **Sez. L, n. 30073/2019, Bellè, Rv. 655984-01**, ha asserito che lo svolgimento di mansioni diverse da quelle di portierato e da ricondurre ad attività proprie della funzione amministrativa dell'ente di appartenenza non comporta la trasformazione del vincolo in un rapporto di impiego pubblico privatizzato, che si verifica solo quale effetto *ex lege* al sopravvenire dell'art. 43,

comma 19, della l. n. 388 del 2000. La Corte ha altresì affermato che lo svolgimento delle suddette diverse mansioni fa sorgere, ai sensi dell'art. 2126 c.c., il diritto del lavoratore a percepire, per il periodo di concreto ed effettivo svolgimento delle stesse, il trattamento retributivo proprio del c.c.n.l. inerente agli enti pubblici non economici.

Queste conclusioni sono state ribadite da **Sez. L, n. 31012/2019, Bellè, Rv. 655889-01**, secondo cui i contratti di portierato con gli enti previdenziali, aventi originaria natura privatistica, sono stati trasformati in rapporti di pubblico impiego privatizzato dall'art. 43, comma 19, della l. n. 388 del 2000, con conseguente assegnazione degli addetti, *ex lege*, alle mansioni proprie dell'attività istituzionale degli enti di riferimento. La Corte ha inoltre ribadito che, nel caso di svolgimento di tali mansioni anche prima della trasformazione, spetta ai lavoratori, *ex art. 2126 c.c.*, il riconoscimento del trattamento retributivo corrispondente alle mansioni concretamente svolte, secondo la disciplina di cui al d.P.R. n. 285 del 1988, gradualmente transitata nella successiva contrattazione collettiva del pubblico impiego privatizzato.

5. Vicende del rapporto.

L'art. 16 della l. n. 183 del 2010 ha consentito alle amministrazioni pubbliche, entro centottanta giorni dalla sua entrata in vigore, di sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 112 del 2008. **Sez. L, n. 03804/2019, Blasutto, Rv. 652908-01**, ha escluso che tale previsione si ponga in contrasto con i principi costituzionali o con la direttiva 97/81/CE, in quanto, come ritenuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 224 del 2013, l'iniziativa del datore di lavoro pubblico deve essere sorretta da serie ragioni organizzative e gestionali e attuata nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede. Alla previsione dell'art. 16 della l. n. 183 del 2010 non osta neppure la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro sul tempo parziale allegato alla citata direttiva (secondo l'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia con la sentenza del 15 ottobre 2014, in causa C-221/2013), atteso che tale disposizione è volta unicamente a escludere che l'opposizione di un lavoratore a una simile trasformazione del proprio contratto di lavoro possa costituire l'unico motivo del suo licenziamento.

Con riguardo alle conseguenze, sul piano dei rapporti di lavoro dei dipendenti degli enti locali, dell'istituzione, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 65 del 1986, del Corpo di polizia municipale, **Sez. L, n. 16312/2019, Di Paolantonio, Rv. 654238-01**, in continuità con Sez. L, n. 16580/2010, Di Cerbo, Rv. 614980-01, ha ribadito che detta disposizione si applica esclusivamente alle realtà territoriali più estese, dovendosi

escludere che essa – ancorata al tassativo presupposto che il servizio sia svolto da almeno sette addetti – sia applicabile in via analogica ai comuni di piccole dimensioni. Per tali comuni, trova invece applicazione il d.lgs. n. 267 del 2000 che, nell'abrogare la l. n. 142 del 1990, ha attribuito alla potestà regolamentare degli enti territoriali l'ordinamento degli uffici e del personale, precisando, peraltro, all'art. 89, comma 2, che tale potestà deve essere esercitata tenendo conto di quanto demandato alla contrattazione collettiva nazionale, senza, dunque, la possibilità, per il datore di lavoro pubblico, di modificare unilateralmente la posizione giuridica ed economica stabilita dalle norme pattizie. Nella circostanza, la Corte ha respinto il ricorso del dipendente di un comune con due soli addetti alla polizia municipale il quale lamentava di essere stato privato del ruolo di coordinatore dei vigili urbani in precedenza ricoperto.

Con riferimento alle procedure selettive – nella specie, il conferimento di una posizione organizzativa – **Sez. L, n. 26966/2019, Di Paolantonio, Rv. 655517-01**, ha chiarito che l'interesse ad agire, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., è ravvisabile, rispetto all'azione di esatto adempimento, ogniqualvolta si assuma che il datore di lavoro pubblico abbia omesso il rispetto delle regole procedurali o si sia discostato dai criteri valutativi e richiede esclusivamente l'allegazione, da parte del lavoratore, di avere partecipato alla selezione o di essere stato ingiustamente escluso dalla stessa.

6. Mobilità.

Diverse pronunce hanno riguardato, anzitutto, la mobilità volontaria, mediante il passaggio di personale tra amministrazioni diverse.

Due di esse concernono la questione dell'inquadramento del personale nell'amministrazione di destinazione.

In proposito, **Sez. L, n. 09663/2019, De Felice, Rv. 653617-01**, ha affermato che, nei casi di mobilità volontaria, ai sensi dell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, la verifica di equivalenza fra l'inquadramento goduto dal lavoratore nell'ente di provenienza e quello a lui spettante presso l'amministrazione di destinazione va operata in concreto, in base alle discipline collettive dei due enti interessati, individuando la qualifica “maggiormente corrispondente”, nell'ambito della disciplina legale e contrattuale applicabile nell'ente di destinazione, a quella posseduta dal lavoratore prima del trasferimento, mentre non assumono alcuna efficacia vincolante le tabelle di equiparazione contenute nel d.p.c.m. 14 dicembre 2000, la cui unica finalità è quella di rendere possibile la mobilità volontaria cd. intercompartimentale. Facendo applicazione di questo principio, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva riconosciuto una corrispondenza “automatica” tra il profilo C4 posseduto dal lavoratore presso l'ente locale di

provenienza e il profilo B3 super del Ministero di destinazione, la cui attribuzione, in base alla contrattazione collettiva, era riservata a una valutazione discrezionale del Ministero fondata su criteri meritocratici.

Con specifico riguardo al trasferimento su domanda del dipendente di Poste Italiane ad altra amministrazione presso la quale già prestava servizio in posizione di comando o di fuori ruolo, ai sensi della l. n. 449 del 1997, **Sez. L, n. 06272/2019, Di Paolantonio, Rv. 653183-01**, in continuità con Sez. L, n. 18416/2014, Manna A., Rv. 631918-01, sulla premessa che tale trasferimento è assimilabile alla cessione del contratto, ha affermato che, di conseguenza, l'ente di destinazione deve procedere all'inquadramento del lavoratore sulla base della posizione da lui posseduta nell'ambito della precedente fase del rapporto, individuando la posizione a essa maggiormente corrispondente nel quadro della disciplina legale e contrattuale applicabile nell'amministrazione di destinazione.

Un'altra pronuncia ha riguardato la questione della titolarità del potere disciplinare relativamente ai fatti verificatisi prima del trasferimento del lavoratore.

Sulla premessa, anche in questo caso, che l'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 16, comma 1, della l. n. 246 del 2005, riconduce espressamente il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse alla fattispecie della cessione del contratto, di cui all'art. 1406 c.c., nella quale è inquadrabile anche il passaggio a seguito di procedura di mobilità volontaria, **Sez. L, n. 00431/2019, Tricomi I., Rv. 652561-01**, ha affermato che da ciò consegue che la nuova amministrazione datrice di lavoro subentra in tutte le posizioni attive e passive facenti capo all'amministrazione cedente, compreso, perciò, il potere disciplinare relativo a fatti verificatisi in epoca precedente il trasferimento del lavoratore.

Due pronunce hanno riguardato due particolari casi di passaggio di dipendenti per effetto del trasferimento di attività (istituto regolato, in via generale, dall'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001).

La prima di esse concerne il trasferimento di personale dall'ANAS alle Province. **Sez. L, n. 03176/2019, De Felice, Rv. 652865-01**, ha statuito che tale trasferimento, pur se disciplinato, *ratione temporis*, dall'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001, non è soggetto al principio di continuità del rapporto di impiego dei dipendenti trasferiti di cui all'art. 2112 c.c. (richiamato dal medesimo art. 31), dovendo trovare applicazione la disciplina speciale, di natura derogatoria, stabilita dall'art. 7 del d.lgs. n. 112 del 1998, il quale prevede l'inquadramento del lavoratore secondo le tabelle di trasposizione con il solo diritto al mantenimento del trattamento economico già maturato. Ne deriva l'irrilevanza dell'inquadramento superiore riconosciuto giudizialmente per effetto dello svolgimento di mansioni di fatto presso l'ente di provenienza.

La seconda pronuncia concerne il personale dell'Agenzia del demanio al quale, a seguito dell'istituzione delle Agenzie fiscali a opera del d.lgs. n. 300 del 1999, l'art. 3, comma 5, del d.lgs. n. 173 del 2003, come interpretato autenticamente dall'art. 5, comma 1-*novies*, del d.l. n. 7 del 2005, conv., con modif., dalla l. n. 43 del 2005, aveva riconosciuto l'opzione per la permanenza nel comparto delle agenzie fiscali ovvero per il transito ad altra pubblica amministrazione. **Sez. L, n. 14429/2019, Di Paolantonio, Rv. 654057-01**, ha precisato che tale disposizione non ha comportato l'insorgere di un diritto di scelta del dipendente all'individuazione dell'amministrazione statale in cui transitare, ma solo quello di potere rimanere nell'ambito dei lavoratori dipendenti delle amministrazioni statali, spettando alla contrattazione collettiva ovvero agli accordi tra le amministrazioni l'individuazione della soluzione più adatta per il ricollocamento del personale.

Tre pronunce hanno infine riguardato le eccedenze di personale e la mobilità collettiva ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Due di esse concernono, in particolare, la partecipazione delle organizzazioni sindacali alla procedura prevista da tale articolo, con riguardo alla disciplina sia anteriore sia successiva alla sua sostituzione a opera dell'art. 16, comma 1, della l. n. 183 del 2011.

In relazione al testo anteriore a tale sostituzione, **Sez. L, n. 16997/2019, Di Paolantonio, Rv. 654361-01**, ha chiarito che, in virtù del rinvio alla procedura prevista dalla legge n. 223 del 1991, trovavano applicazione gli stessi principi affermati in relazione alle procedure di mobilità e ai licenziamenti collettivi interessanti il personale delle imprese private, con la conseguenza che, ai fini della completezza della comunicazione preventiva di cui all'art. 4, comma 3, della stessa l. n. 223 del 1991, il sindacato giudiziale andava esercitato in una prospettiva "sostanzialistica", tenendo conto dei motivi della riduzione del personale, attribuendo rilievo solo a "maliziose elusioni" volte a fuorviare o a ledere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuito ai soggetti collettivi. Facendo applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto irrilevante la mancata formale indicazione dei motivi tecnici e organizzativi per i quali non potevano essere riassorbiti gli esuberi, trattandosi di un'informazione già compresa nelle ragioni che avevano imposto il ridimensionamento della pianta organica.

In relazione all'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001 nel testo successivo alla sostituzione operata dall'art. 16, comma 1, della l. n. 183 del 2011, **Sez. L, n. 15008/2019, Di Paolantonio, Rv. 653986-01**, ha precisato che detto articolo va coordinato con l'art. 6 dello stesso d.lgs. n. 165 del 2001, il quale, nel testo vigente dopo la modifica operata dal d.l. n. 95 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 135 del 2012, prescrive che i processi di riorganizzazione degli uffici che comportino individuazione di esuberi devono essere preceduti dall'informazione alle

organizzazioni sindacali e dall'esame congiunto con le stesse sui criteri per l'individuazione degli esuberi; esame imposto dall'art. 2 del d.l. n. 95 del 2012 anche per le procedure da avviare per ridurre le dotazioni organiche nei termini indicati dal comma 1 dello stesso articolo. Il difetto dell'esame congiunto, che deve precedere l'adozione dell'atto organizzativo di ridefinizione della dotazione organica, si risolve in un vizio di tale atto, che, anche quando è espressione di un potere unilaterale di diritto pubblico, può essere disapplicato dal giudice ordinario, quale atto presupposto, con la conseguente illegittimità del recesso intimato all'esito della procedura *ex art.* 72 del d.l. n. 112 del 2008 o del collocamento in disponibilità. Nelle unità sanitarie locali, dove gli atti organizzativi hanno natura di atti di diritto privato, la cognizione del giudice ordinario nelle procedure di eccedenza di personale si estende all'atto presupposto e l'illegittimità di quest'ultimo, se adottato in violazione delle disposizioni di legge che disciplinano la variazione delle dotazioni organiche, si riflette sugli atti successivi della procedura.

La terza pronuncia concerne i limiti del sindacato giurisdizionale sul provvedimento amministrativo di definizione della dotazione organica. Sempre in relazione alla disciplina successiva alla sostituzione dell'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001 operata dall'art. 16, comma 1, della l. n. 183 del 2011, **Sez. L, n. 18813/2019, Bellè, Rv. 654490-01**, ha sancito che detto provvedimento, presupposto necessario della misura di collocamento in disponibilità, è sindacabile da parte del giudice ordinario, e può essere disapplicato, nei casi in cui ne emerga l'illegittimità per violazione di legge o per eccesso di potere, al fine di valutarne l'idoneità a incidere validamente sulle situazioni di diritto soggettivo che allo stesso risultano riconnesse. Restano, però, insindacabili le scelte discrezionali relative alle esigenze di personale e alle corrispondenti qualifiche necessarie a soddisfarle. In applicazione di questo principio, la Corte ha confermato la decisione di merito che, in relazione a un dirigente comunale dichiarato eccedentario a seguito della riduzione della dotazione organica per realizzare un risparmio di spesa, verificata la sussistenza della motivazione dell'atto riorganizzativo e l'assenza di elementi sintomatici dell'eccesso di potere, ha giudicato irrilevante che il comune avesse sopperito al collocamento in disponibilità del dirigente attribuendo le mansioni superiori a un addetto di livello inferiore, con assunzione diretta del sindaco della responsabilità dell'area di competenza.

7. Diritti sindacali.

Una prima pronuncia, nel decidere un ricorso concernente una fattispecie in tema di contratti integrativi per l'Ente Foreste della Sardegna, ha interessato, più generalmente, il diritto delle organizzazioni sindacali a partecipare alle trattative per

la stipula dei contratti collettivi e le prerogative delle stesse organizzazioni nei luoghi di lavoro. Secondo **Sez. L, n. 20036/2019, Bellè, Rv. 654742-01**, il godimento di tali prerogative è conseguenza, sulla base di un principio comune all'ordinamento privatistico (art. 19 della l. n. 300 del 1970, come integrato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013) e a quello pubblicistico (art. 42 del d.lgs. n. 65 del 2001), della partecipazione delle organizzazioni sindacali alle trattative per la stipula dei contratti collettivi da applicare presso le unità produttive o le strutture interessate. Ne deriva, con riferimento alla fattispecie sopra indicata, che la legislazione regionale sarda deve essere interpretata nel senso – armonico rispetto al principio già menzionato e a quelli di effettività del pluralismo sindacale (art. 39 Cost.), oltre che conforme alle esigenze di coerenza tra ordinamento nazionale e ordinamenti regionali a statuto speciale (art. 116 Cost. e art. 3 dello Statuto speciale per la Sardegna) – che hanno diritto a partecipare alle trattative per la stipula dei contratti regionali integrativi per l'Ente Foreste della Sardegna e, quindi, a godere delle conseguenti prerogative sindacali, le organizzazioni che risultino munite della rappresentatività, nel comparto destinato da detta legislazione a questo Ente, nella misura minima del 5 per cento stabilita dall'art. 60 della l.r. Sardegna n. 31 del 1998.

Una seconda pronuncia ha riguardato la partecipazione sindacale all'adozione degli atti di microrganizzazione dell'amministrazione pubblica, in particolare, l'applicabilità *ratione temporis* della regola, sancita dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, come sostituito dall'art. 34, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 150 del 2009, secondo cui l'unica forma di partecipazione sindacale alle decisioni in materia è costituita dall'informazione ai sindacati ove prevista dalla contrattazione collettiva nazionale. **Sez. L, n. 16837/2019, Bellè, Rv. 654245-01**, ha affermato che tale regola trova applicazione fin dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, precisando che l'art. 65, comma 5, di tale decreto, che sancisce l'applicabilità delle disposizioni relative alla contrattazione collettiva nazionale “dalla tornata successiva a quella in corso”, va interpretato, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 144 del 2011, nel senso che le disposizioni in questione sono esclusivamente quelle relative al procedimento negoziale di approvazione dei contratti collettivi nazionali.

8. Illeciti disciplinari: questioni procedurali e sostanziali.

Ricco e articolato è stato, nell'anno in rassegna, il contenzioso in materia di sanzioni disciplinari del pubblico dipendente, con particolare riguardo al profilo procedimentale, rispetto al quale le riforme legislative realizzate negli ultimi anni (d.lgs. n. 150 del 2009, d.lgs. n. 116 del 2016, d.lgs. n. 75 del 2017) solo ora cominciano a essere sottoposte al vaglio della corte di legittimità.

Prendendo le mosse dalle pronunce di portata più generale, vanno anzitutto menzionati due provvedimenti che ruotano intorno alla condotta delineata dall'art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 165 del 2001, consistente nello svolgimento di incarichi retribuiti senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza.

Tale condotta, oltre a integrare un illecito disciplinare, costituisce altresì un illecito amministrativo, punito con una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qualsiasi forma, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.l. n. 79 del 1997, conv., con modif., dalla l. n. 140 del 1997.

Sez. U, n. 28210/2019, D'Antonio, Rv. 655504-01, ha precisato trattarsi bensì di un illecito amministrativo, ma riconducibile alla disciplina del pubblico impiego contrattualizzato; ne consegue che il secondo periodo del predetto comma – ove è previsto che *“all'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni provvede il Ministero delle finanze, avvalendosi della Guardia di Finanza, secondo le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689”* – deve essere interpretato nel senso che il legislatore non ha previsto alcuna esclusiva attribuzione di competenza, ma ha soltanto stabilito che, quando gli accertamenti degli illeciti ivi sanzionati sono disposti su impulso del Ministero delle Finanze, vi debba provvedere, per evidenti ragioni di celerità, la Guardia di Finanza, ovvero il corpo dipendente direttamente da detto Ministero, senza tuttavia escludere che possano comunque provvedervi gli altri soggetti appartenenti alla Polizia giudiziaria.

L'ordinanza interlocutoria **Sez. 2, n. 24083/2019, Falaschi**, ha investito la stessa disposizione normativa, ma con riferimento ai direttori generali delle ASL, chiedendosi se tale figura professionale sia assoggettabile alla disciplina prevista per i dipendenti pubblici, con particolare riferimento ai limiti di applicabilità della normativa sulle incompatibilità di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001. Ne è scaturita un'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite su questione di massima di particolare importanza, con cui ci si è chiesti se la violazione del carattere di esclusività del rapporto previsto dall'art. 3 bis, comma 8, del d.lgs. n. 502 del 1992 per i direttori generali delle ASL, possa costituire, non solo, motivo di risoluzione del contratto con la Regione, ma determinare anche l'irrogazione di una sanzione pecuniaria non prevista dall'ordinamento.

Sez. L, n. 14245/2019, Bellè, Rv. 653971-01, ha poi ribadito che nell'impiego pubblico contrattualizzato, anche nella disciplina previgente a quella *ex art. 55-sexies* del d.lgs. n. 165 del 2001, l'obbligatorietà dell'azione disciplinare discende dai principi costituzionali di cui all'art. 97 ed esclude che l'inerzia del datore di lavoro possa far sorgere un legittimo affidamento nella liceità della condotta, ove la stessa contrasti con precetti imposti dalla legge, dal codice di comportamento o dalla contrattazione collettiva.

Di portata generale è anche **Sez. L, n. 28741/2019, Bellè, Rv. 655610-01**, con cui è stato consolidato il principio per cui, in tutti i casi nei quali il comportamento sanzionatorio sia immediatamente percepibile dal lavoratore come illecito, perché contrario al cd. minimo etico o a norme di rilevanza penale, non è necessario provvedere alla affissione del codice disciplinare pur prevista dall'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 (come sostituito dal d. lgs. n. 150 del 2009): il dipendente pubblico, come quello del settore privato, ben può rendersi conto della illiceità della propria condotta, anche al di là di una analitica predeterminazione dei comportamenti vietati e delle relative sanzioni da parte del codice disciplinare (fattispecie in materia di imputazione in sede penale del reato di concorso esterno in associazione mafiosa a carico del dipendente).

Vi è poi l'affermazione di **Sez. L, n. 28928/2019, Bellè, Rv. 655701-01**: in tema di sanzioni disciplinari nel pubblico impiego privatizzato, i termini per lo svolgimento del procedimento, così come la distribuzione della competenza tra il responsabile della struttura e l'Ufficio per i procedimenti disciplinari, si definiscono, ai sensi dell'art. 55-bis del d.lgs. n. 165 del 2001, sulla base dei fatti indicati nell'atto di contestazione e delle sanzioni per essi astrattamente stabilite dalla contrattazione collettiva, che si individuano, qualora l'ipotesi rientri tra quelle espressamente enunciate dal c.c.n.l., nella misura massima edittale, ovvero, qualora si tratti di fatti di rilievo disciplinare non rientranti in tali specifiche ipotesi, sulla base della sanzione massima irrogabile.

Passando poi all'esame di questioni più specifiche e muovendo dai rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale, meritano menzione le seguenti pronunce.

L'istituto della sospensione disciplinare di cui all'art. 55-ter, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 è tra i più controversi.

Sez. L, n. 11949/2019, Bellè, Rv. 653750-01, ha precisato che, in pendenza del procedimento penale, la sospensione costituisce facoltà discrezionale attribuita alla P.A., la quale, fermo il principio della tendenziale autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, può esercitarla qualora, per la complessità degli accertamenti o per altre cause, non disponga di elementi necessari per la definizione del procedimento, essendo legittimata, peraltro, a riprendere il procedimento disciplinare, senza attendere che quello penale venga definito con sentenza irrevocabile, allorquando ritenga che gli elementi successivamente acquisiti consentano la decisione. A ciò consegue che il termine di decadenza per la ripresa del procedimento, di cui all'art. 55 *ter*, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, va riferito solo al caso in cui la riattivazione sia successiva all'irrevocabilità della sentenza penale, mentre restano irrilevanti i termini entro cui il procedimento disciplinare sia ripreso (salva la conclusione entro il successivo termine di 180 giorni, o di 120 giorni, per i

procedimenti cui si applichino le modifiche alla norma apportate dall'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 75 del 2017), qualora ciò avvenga anteriormente al sopravvenire di tale pronuncia definitiva.

In quanto misura cautelare e interinale, la sospensione diviene tuttavia priva di titolo qualora all'esito del procedimento penale quello disciplinare non venga attivato.

Secondo la ricostruzione di **Sez. L, n. 07657/2019, Di Paolantonio, Rv. 653205-01**, il diritto del dipendente alla *restitutio in integrum*, che ha natura retributiva e non risarcitoria, sorge ogni qualvolta la sanzione non venga inflitta o ne sia irrogata una di natura ed entità tali da non giustificare la sospensione sofferta. L'onere di attivarsi per consentire la tempestiva ripresa del procedimento disciplinare, una volta definito quello penale, grava sull'amministrazione e non sul dipendente pubblico, sicché non rileva, né può far escludere il diritto al pagamento delle retribuzioni non corrisposte durante il periodo di sospensione facoltativa, la circostanza che l'incolpato non abbia tempestivamente comunicato al datore di lavoro la sentenza passata in giudicato di definizione del processo penale pregiudicante.

Sempre molto discussi sono gli effetti della sentenza penale di cd. patteggiamento sul procedimento disciplinare nel settore pubblico.

Di qui l'utilità dei chiarimenti forniti da **Sez. L, n. 20721/2019, Bellè, Rv. 654793-02**: nei giudizi disciplinari che si svolgono davanti alle autorità pubbliche, e quindi anche in quelli contro i dipendenti della P.A., a norma degli artt. 445 e 653 c.p.p., come modificati dalla l. n. 97 del 2001, la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento del fatto, alla sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso; ne consegue che quando la contrattazione collettiva fa riferimento, per la graduazione delle sanzioni disciplinari a carico del pubblico dipendente, alla sussistenza, per i medesimi fatti, di sentenza di condanna penale, quest'ultima, in ragione del disposto del citato art. 653, deve presumersi riguardare anche il caso di sentenza di patteggiamento.

Sez. L, n. 32259/2019, Marotta, Rv. 656047-01, è invece intervenuta in un caso peculiare, in cui il pubblico dipendente, condannato a una pena detentiva e interdetto in via temporanea dai pubblici uffici, si era visto applicare immediatamente la pena accessoria dal proprio dirigente, nonostante che, rispetto alla pena principale, egli avesse beneficiato della misura alternativa alla detenzione dell'affidamento in prova ai servizi sociali. La S.C. ha rigettato il ricorso del dipendente sul presupposto che la pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici non si estingue a seguito dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale e non è dunque condizionata dall'esito dell'esecuzione della pena principale.

Anche la questione della competenza all'adozione dei provvedimenti disciplinari e della individuazione dell'Ufficio dei procedimenti disciplinari (U.P.D.) dà luogo a molti interrogativi.

A parte le pronunce sulla competenza disciplinare in ambito scolastico (su cui v. *infra* par. 11.), va menzionata anzitutto **Sez. L, n. 20721/2019, Bellè, Rv. 654793-01**, con cui la S.C. ha fissato alcuni punti fondamentali: il carattere imperativo delle regole dettate dalla legge sulla competenza per i procedimenti disciplinari, stabilito dagli artt. 55, comma 1, e 55-*bis*, comma 4, (ora comma 2), del d.lgs. n. 165 del 2001, va riferito al principio di terzietà ivi espresso e postula solo la distinzione, sul piano organizzativo, fra detto ufficio e la struttura nella quale opera il dipendente, senza attribuire natura imperativa riflessa al complesso delle regole procedurali interne che regolano la costituzione e il funzionamento dell'U.P.D.; ne consegue che, qualora non sia dimostrata la violazione del predetto principio di terzietà o del diritto di difesa, non costituiscono ragione di nullità della sanzione le modalità attraverso cui, nel corso del procedimento disciplinare, si sia proceduto alla sostituzione di taluno dei componenti dell'ufficio stesso.

A proposito di terzietà, l'esigenza è quella di evitare che la cognizione disciplinare avvenga nell'ambito dell'ufficio di appartenenza del lavoratore. Pertanto, essa deve dirsi rispettata, secondo **Sez. L, n. 20417/2019, Torrice, Rv. 654791-01**, in caso di identificazione dell'U.P.D. con il Direttore regionale, in armonia con la vigente disciplina regolamentare dell'ente, nella specie Agenzie delle Entrate. Tale organo garantisce infatti, attesa la sua posizione di vertice, il sufficiente distacco dalla struttura lavorativa alla quale è addetto il dipendente autore dell'infrazione.

L'U.P.D. costituisce un collegio perfetto, che deve operare con il *plenum* dei suoi componenti nelle fasi in cui l'organo è chiamato a compiere valutazioni tecnico-discrezionali o ad esercitare prerogative decisorie, rispetto alle quali si configura l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale. Tale esigenza non ricorre invece (**Sez. L, n. 17357/2019, Marotta, Rv. 654367-01**) rispetto agli atti preparatori, istruttori o strumentali, verificabili a posteriori dall'intero consesso, restando irrilevante, ai fini della validità della sanzione irrogata, l'eventuale previsione regolamentare che impone la collegialità per tutte le fasi del procedimento disciplinare.

Sez. L, n. 20845/2019, Bellè, Rv. 654851-01, ha fissato alcuni principi basilari in materia di sanzioni irrogabili: a) la contestazione dell'infrazione, per essere valida, deve contenere l'indicazione dei fatti addebitati, mentre non è necessaria quella della sanzione per essi prevista; b) l'attribuzione della competenza al Dirigente della struttura cui appartiene il dipendente o all'U.P.D., ai sensi dell'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001, si definisce esclusivamente sulla base delle sanzioni edittali massime stabilite per i fatti contestati, e non sulla base della misura che la P.A. possa prevedere di irrogare; c) la circostanza che l'U.P.D., presso cui si è radicato il procedimento nei termini di cui sopra, fruendo dell'intero margine edittale, applichi una sanzione inferiore a quella che ha costituito il discrimine di tale competenza, non è ragione

d'invalidità qualora ciò sia conseguenza della necessaria proporzionalità rispetto ai fatti addebitati.

Più di dettaglio altre pronunce.

Sez. L, n. 06555/2019, Torrice, Rv. 653191-01, ha puntualizzato che la convocazione a difesa del lavoratore, ai sensi dell'art. 55 bis del d.lgs. n. 165 del 2001, è atto recettizio e richiede, pertanto, di essere portata a conoscenza del destinatario per produrre effetti; tuttavia, la mancata comunicazione del differimento dell'audizione può dare luogo a nullità del procedimento, e della conseguente sanzione, solo ove l'interessato provi di aver subito un concreto pregiudizio all'esercizio della difesa.

Sez. L, n. 11949/2019, Torrice, Rv. 653750-01, si è soffermata sul richiamo, contenuto nell'art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, al potere di diffida di cui all'art. 63 del d.P.R. n. 3 del 1957, chiarendo che il suo mancato esercizio non preclude l'esercizio dell'azione disciplinare nel caso in cui quest'ultima sia correlata all'espletamento di incarichi retribuiti non autorizzati (di cui al comma 7 dello stesso articolo).

Sez. L, n. 17638/2019, Di Paolantonio, Rv. 654477-01, si è occupata dei procedimenti disciplinari, avviati e sospesi in data antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 e riattivati in epoca successiva alla modifica dell'art. 5 della l. n. 97 del 2001; ad essi si applica il termine perentorio stabilito per la conclusione del procedimento dalla contrattazione collettiva di comparto.

Un'interessante decisione, che attiene però ai profili sostanziali dell'illecito disciplinare, è **Sez. L, n. 28757/2019, Marotta, Rv. 655613-01**, con cui la Corte ha affermato che i dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale superiore al 50 per cento non possono considerarsi implicitamente autorizzati allo svolgimento di attività extra lavorativa retribuita, in quanto la normativa consente una deroga al principio di incompatibilità in caso di svolgimento di lavoro *part-time* solo quando il lavoratore svolga una prestazione ad orario ridotto non superiore al 50 per cento.

Sull'estensione dei doveri degli agenti di polizia municipale, con le conseguenti ricadute disciplinari in caso di loro violazione, vi è poi **Sez. L, n. 31388/2019, Marotta, Rv. 655996-01**, con cui è stata confermata la legittimità di una sanzione disciplinare conservativa, applicata ad un commissario aggiunto di polizia municipale, che non era intervenuto a salvaguardia dell'incolumità del Sindaco aggredito in sua presenza nella casa comunale, sul presupposto che gli agenti di polizia municipale sono gravati da un generale dovere di vigilanza, nel mantenimento dell'ordine pubblico e nella tutela delle persone e dei beni, non connesso ad alcuna specifica operazione di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza, sicché incombe sugli stessi l'obbligo di intervenire quando sussistano situazioni dagli inequivoci ed oggettivi connotati di gravità ed urgenza.

A margine delle vicende disciplinari, ma pur sempre ricollegata a comportamenti scorretti del dipendente pubblico, è la questione affrontata **Sez. L, n. 28436/2019, Bellè, Rv. 655605-02**. Si trattava di stabilire se la definizione agevolata del giudizio di responsabilità per danno erariale fosse ragione di consolidamento dei benefici illegittimamente acquisiti dal funzionario. La sentenza lo ha negato, osservando come l'azione di ripetizione in questo caso si fondi sul comportamento colposo del dipendente, quindi del tutto autonoma rispetto all'azione di ripetizione dispiegata dall'amministrazione pubblica verso il lavoratore per le somme da questi indebitamente percepite, con la precisazione però che quanto ricevuto in sede amministrativa dalla P.A. a ristoro del danno deve essere detratto dalla pretesa azionata nel giudizio di indebito.

9. La cessazione del rapporto di lavoro.

Con riguardo alla facoltà, attribuita alle pubbliche amministrazioni dall'art. 72, comma 11, del d.l. n. 112 del 2008, di risolvere il rapporto di lavoro a decorrere dalla maturazione del requisito di anzianità contributiva per l'accesso al pensionamento, **Sez. L, n. 06556/2019, De Felice, Rv. 653192-01**, ha asserito che, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 16, comma 11, del d.l. n. 98 del 2011, conv. con modif. dalla l. n. 111 del 2011, tale risoluzione doveva essere motivata, giacché è solo attraverso la motivazione che l'amministrazione esplicita le ragioni organizzative sottese all'adozione dell'atto di risoluzione e lo rende rispondente ai principi di correttezza e buona fede nonché al pubblico interesse che deve costantemente orientare l'azione amministrativa. La Corte si era già espressa in tale senso con **Sez. L, n. 24583/2017, Di Paolantonio, Rv. 646347-01**.

In tema di dimissioni del lavoratore, **Sez. L, n. 21297/2019, Tricomi I., Rv. 654999-01**, ha statuito che la procedura di convalida di cui all'art. 4, commi da 16 a 22, della l. n. 92 del 2012, in assenza dei provvedimenti attuativi per l'armonizzazione del lavoro privato a quello nelle pubbliche amministrazioni previsti dall'art. 1, comma 8, della stessa legge, non si applica al pubblico impiego contrattualizzato, in quanto costituisce una disciplina modulata sulle dinamiche del lavoro privato, fermo restando l'obbligo per il datore lavoro pubblico di conformarsi ai principi costituzionali di legalità e di imparzialità.

Relativamente alla specifica disciplina degli esperti esterni del SECIT, sulla premessa che essa non esclude la configurabilità di un rapporto di pubblico impiego a termine, siccome risultante dall'accertamento dell'effettivo inserimento nell'organizzazione pubblicistica e dell'adibizione a un servizio rientrante nei fini istituzionali dell'ente pubblico (non assumendo rilievo, di contro, l'assenza di un atto formale di nomina né la violazione delle norme imperative in tema di assunzione alle

dipendenze della pubblica amministrazione), **Sez. L, n. 16753/2019, Torrice, Rv. 654242-01**, ha affermato che, di conseguenza, la soppressione del SECIT per *factum principis* non comporta di per sé la risoluzione del rapporto in difetto di prova, da parte del datore di lavoro pubblico, dell'impossibilità di continuare a ricevere la prestazione.

Nell'ambito del lavoro alle dipendenze degli enti locali, relativamente alla facoltà, prevista dall'art. 90 del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. n. 267 del 2000), di instaurare rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato per gli uffici cd. "di staff", **Sez. L, n. 03468/2019, Tricomi I., Rv. 659212-01**, ha affermato che, poiché detto articolo fa riferimento sia alla deliberazione dell'ente (segnatamente, al regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi), sia al contratto di lavoro individuale, oltre a richiamare il contratto collettivo nazionale del personale degli enti locali, rimettendo a tale pluralità di fonti la disciplina del rapporto, ne deriva l'ammissibilità del recesso datoriale *ad nutum* per il venir meno del rapporto fiduciario qualora il contratto individuale dia rilievo all'*intuitus personae* non solo nella fase genetica, ma anche in quella di risoluzione del rapporto di lavoro, quale previsione contrattuale coerente con la specialità dell'istituto che non trova esaustiva disciplina nel c.c.n.l.

10. La dirigenza.

Anche nel corso dell'anno in rassegna, la materia della dirigenza pubblica è stata all'origine di un ampio contenzioso.

Uno dei nodi più critici è da sempre quello delle modalità di conferimento degli incarichi dirigenziali, che ha richiesto ripetuti interventi legislativi sull'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Prima della riforma operata dal d. lgs. n. 150 del 2009, l'art. 19 prevedeva che le Amministrazioni predeterminassero le procedure definite dalla contrattazione collettiva, nonché i criteri generali per l'affidamento e la revoca degli incarichi dirigenziali, tenendo conto, in relazione

alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente.

Sez. L, n. 10567/2019, Blasutto, Rv. 653622-01, ha precisato che tale disciplina, applicabile anche alle Amministrazioni locali, radica il potere-dovere del giudice di verificare se l'operato dell'amministrazione, concernente il conferimento degli incarichi in questione, trovi o meno fondamento nei predetti criteri generali; nella specie, la S.C. ha pertanto cassato la sentenza di merito che non aveva dato adeguatamente conto delle ragioni dell'esclusione di un dirigente da una procedura selettiva per il conferimento dell'incarico di direttore di una direzione regionale,

avendo omissso di vagliare se la situazione in cui versava il predetto dirigente corrispondesse ad una delle cause di esclusione previamente determinate dalla P.A.

Sul rapporto tra atti organizzativi di carattere generale e singolo incarico dirigenziale, merita per prima attenzione la complessa ricostruzione operata da **Sez. L, n. 16999/2019, Marotta, Rv. 654363-01**, in un caso di accorpamento, disposto con d.P.C.M., di un dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri (nella specie, il Dipartimento per lo sviluppo e la competitività del turismo) con altra struttura della Presidenza stessa, accorpamento cui era conseguita la revoca di un incarico dirigenziale generale già assegnato nell'ambito di tale dipartimento.

La Corte ha dichiarato legittima la revoca, alla luce del fatto che l'art. 21 della l. n. 400 del 1988 e l'art. 7 del d.lgs. n. 303 del 1999 hanno attribuito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri un'ampia autonomia organizzativa e regolamentare, rimessa a decreti del Presidente del Consiglio largamente discrezionali e rimodulabili nel tempo, restando irrilevante che l'articolazione modificata o soppressa con il d.P.C.M. sia stata istituita con un atto avente forza di legge. A fronte di una norma generale che attribuisce il potere organizzativo da esercitare per decreti, è da escludersi una riserva di legge idonea a consumare detto potere.

Se però la riduzione e la rimodulazione delle strutture organizzative di un ente pubblico sono operate attraverso lo strumento legislativo (nella specie, regionale), fino all'adozione del regolamento organizzativo non si ha nessuna incidenza sulle posizioni dirigenziali. Lo ha precisato **Sez. L, n. 18895/2019, Cinque, Rv. 654505-01**, a proposito di un'azienda di trasporto pubblico locale della Regione Abruzzo.

Vi sono poi le numerose questioni in materia di retribuzione dei dirigenti.

Anzitutto, va ricordato che, in base al principio di onnicomprensività previsto dall'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001 (e in precedenza dall'art. 24 del d.lgs. n. 29 del 1993), il trattamento economico dirigenziale remunera tutte le funzioni e i compiti attribuiti in ragione dell'ufficio ricoperto dall'Amministrazione presso la quale il dirigente presta servizio o su designazione della stessa.

Sez. L, n. 27385/2019, Marotta, Rv. 655520-01, ha così statuito, in una fattispecie relativa all'attività di presidente di nucleo di valutazione assegnata ad un dirigente dell'Ufficio scolastico provinciale, che esso non è derogato dall'art. 16 della l. n. 448 del 2001, che riguarda i compensi provenienti da terzi corrisposti direttamente in favore dell'Amministrazione.

Sez. L, n. 32264/2019, Bellè, Rv. 656049-01, ha tratto dal principio di onnicomprensività la conseguenza della non spettanza di un compenso ulteriore per il lavoro straordinario, inteso quale prestazione eccedente gli orari stabiliti dalla contrattazione collettiva; un simile compenso è dovuto solo per particolari prestazioni aggiuntive specificamente previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva e come tali remunerate sulla base di appositi presupposti.

Un importante principio è anche quello enunciato da **Sez. L, n. 21166/2019, Tria, Rv. 654997-01**: ai fini della determinazione della retribuzione accessoria, l'attribuzione di un determinato trattamento economico mediante l'adozione, ad opera della P.A., di un atto negoziale di diritto privato di gestione del rapporto, non è sufficiente, di per sé, a costituire una posizione giuridica soggettiva in capo al lavoratore, giacché la misura economica deve trovare necessario fondamento nella contrattazione collettiva, né può ritenersi configurabile una responsabilità per inadempimento dell'Amministrazione nei confronti del dipendente per non essere pervenuta alla conclusione del contratto collettivo. In applicazione del principio, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva riconosciuto la retribuzione di risultato a un vicesegretario comunale per l'attività di rogito, svolta in sostituzione del segretario comunale, ancorché non ricorressero i presupposti previsti dal c.c.n.l. di settore.

Quando l'Amministrazione receda anticipatamente dal contratto a termine dirigenziale e tale recesso sia dichiarato illegittimo, le conseguenze risarcitorie vanno commisurate non al solo trattamento economico fondamentale, ma anche alla retribuzione di posizione prevista per l'incarico ricoperto al momento dell'illegittimo recesso dal rapporto e che sarebbe stata percepita sino alla scadenza (**Sez. L, n. 17355/2019, Marotta, Rv. 654366-01**).

Sempre in tema di remunerazione dei dirigenti, si segnala poi **Sez. L, n. 22014/2019, De Marinis, Rv. 655012-01**, relativa al caso di un pubblico dipendente che non aveva conseguito la qualifica di dirigente e che era cessato dal servizio nell'esercizio di mansioni superiori in ragione dell'affidamento di un incarico dirigenziale temporaneo di reggenza ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001: nella base di calcolo dell'indennità di buonuscita spettante ai sensi degli artt. 3 e 38 del d.P.R. n. 1032 del 1973, va considerato – ha osservato la S.C. – lo stipendio relativo alla qualifica di appartenenza e non quello corrisposto per il temporaneo esercizio delle superiori mansioni di dirigente.

Infine, merita di essere segnalata **Sez. L, n. 32258/2019, Di Paolantonio, Rv. 656101-02**, chiamata a decidere di un recesso dell'Amministrazione dal rapporto dirigenziale per ragioni disciplinari.

La sentenza ha cassato la decisione di merito che aveva giudicato illegittimo il recesso per non aver l'Amministrazione atteso il parere del Comitato dei garanti previsto dalla contrattazione collettiva, osservando come tale parere sia previsto dall'art. 22 del d.lgs. n. 165 del 2001 solo per le ipotesi di recesso collegato alla responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi o inosservanza delle direttive, non quando il recesso sia conseguenza di una responsabilità disciplinare.

Né la contrattazione collettiva può allargare le ipotesi in cui il parere è richiesto, trattandosi di materia inderogabile.

10.1. La dirigenza del comparto sanitario.

A proposito dei dirigenti medici, vanno anzitutto segnalate alcune importanti pronunce in materia di incompatibilità, con cui la S.C. ha definito i confini del relativo regime, dettato dall'art. 53, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 165 del 2001.

Un quadro generale è stato tracciato da **Sez. L, n. 31277/2019, Marotta, Rv. 655987-01**, con cui la Corte ha operato una ricostruzione dell'istituto delle incompatibilità e si è poi soffermata sulle regole speciali concernenti la dirigenza medica.

La pronuncia ha chiarito che la normativa sul pubblico impiego (art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001) prevede, in attuazione dell'art. 98 Cost., il dovere di esclusività del dipendente pubblico, il quale è obbligato a riservare all'ufficio di appartenenza tutte le sue energie lavorative, con espresso divieto, salve limitate tassative eccezioni, di svolgere attività imprenditoriale, professionale o di lavoro autonomo, nonché di instaurare rapporti di lavoro alle dipendenze di terzi o accettare cariche o incarichi in società o enti che abbiano fini di lucro.

Tale normativa, inderogabile da parte della contrattazione collettiva, pone sbarramenti assoluti, mirando a prevenire, già sul piano della potenzialità, il dispendio di energie del lavoratore pubblico in altre attività; trattasi di valutazione astratta con giudizio prognostico *ex ante*, indipendentemente dall'esistenza di riflessi negativi sul rendimento e sull'osservanza dei doveri d'ufficio.

In questo quadro si inserisce la normativa speciale relativa ai dirigenti medici, che la Corte ha applicato rispetto a un dirigente titolare di quote in una società privata, il cui oggetto sociale consisteva nella organizzazione e nella prestazione di servizi accessori all'attività medica.

L'art. 4, comma 7, della l. n. 412 del 1991 ha introdotto il principio del rapporto unico di lavoro con il servizio sanitario nazionale, vietando in particolare “la titolarità o la compartecipazione delle quote di imprese che possono configurare conflitto di interessi con il servizio sanitario nazionale”.

La pronuncia ha chiarito che anche in questo caso l'incompatibilità deve essere valutata sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, da svolgersi anche e principalmente con riferimento all'oggetto sociale. Ne consegue che, nel giudizio disciplinare diretto ad accertare la responsabilità del medico, l'Azienda sanitaria può limitarsi a dimostrare la partecipazione in una società avente tali caratteristiche, spettando al medico dimostrare che a quel dato formale non corrispondesse alcuna realtà fattuale.

Sempre in tema di incompatibilità, **Sez. L, n. 00427/2019, Di Paolantonio, Rv. 652221-01**, ha stabilito che tale disciplina si estende anche ai dirigenti medici degli enti previdenziali, per i quali la successione delle fonti, normative e pattizie, è particolarmente complessa. Inizialmente, trovava applicazione l'art. 4, comma 7, della l. n. 412 del 1991, dettato per la dirigenza medica del S.S.N., ma esteso al personale medico degli enti previdenziali, unitamente a tutti gli altri istituti normativi, dall'art. 13 della l. n. 222 del 1984. Tale ultima disposizione è tuttavia divenuta inapplicabile a seguito della sottoscrizione dei contratti collettivi di settore, successivi alla privatizzazione del pubblico impiego (secondo quanto previsto dall'art. 72 del d.lgs. n. 29 del 1993, poi trasfuso nell'art. 69, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001).

La successiva **Sez. L, n. 03467/2019, Di Paolantonio, Rv. 652907-01**, si è occupata delle incompatibilità per coloro che ricoprono ruoli di governo di aziende pubbliche di servizi alla persona (*ex* IPAB). Si dubitava dell'applicabilità delle regole dettate dall'art. 53 citato, attesa l'equiparazione posta da alcune disposizioni tra tali dirigenti e gli amministratori degli enti territoriali. In realtà, proprio la circostanza che l'art. 7, comma 4, del d.lgs. n. 207 del 2001, operi, per gli organi delle aziende di servizi alla persona, un rinvio limitato a taluni specifici istituti di garanzia previsti per i rappresentanti degli enti locali, ha indotto la S.C. a escludere che il legislatore abbia considerato integrale tale equiparazione. Per le incompatibilità, non subisce pertanto deroghe il regime generale, che trova fondamento nell'obbligo di esclusività sancito dall'art. 98 Cost. per i dipendenti pubblici.

Sez. L, n. 00091/2019, Tricomi I., Rv. 652045-02, ha poi rammentato che nell'ambito della dirigenza sanitaria non trova applicazione l'art. 2103 c.c. con riferimento al mancato riconoscimento delle mansioni superiori, atteso che l'inapplicabilità di tale disposizione ai dirigenti del pubblico impiego privatizzato, sancita in via generale dall'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, è ribadita per la dirigenza sanitaria, inserita in un unico ruolo distinto per profili professionali e in un unico livello, dall'art. 15-*ter* del d.lgs. n. 502 del 1992 e dall'art. 28, comma 6, del c.c.n.l. 8 giugno 2000.

In tema di retribuzione dei dirigenti medici, assumono rilievo le seguenti decisioni.

Sez. L, n. 04953/2019, Di Paolantonio, Rv. 653020-01, ha chiarito che l'art. 39, comma 9, del c.c.n.l. 8 giugno 2000 per la Dirigenza medica del servizio sanitario nazionale, che prevede la maggiorazione della retribuzione di posizione in favore dei dirigenti preposti a più strutture complesse, si interpreta nel senso che la maggiorazione in questione può essere riconosciuta solo qualora i poteri attribuiti al dirigente, preposto ad una struttura composta al suo interno da più articolazioni, non annullino, sotto il profilo gestionale, l'autonomia delle articolazioni stesse.

Sez. L, n. 28938/2019, Tria, Rv. 655702-01, si è invece soffermata sulla remunerazione per l'attività svolta durante i turni di reperibilità, giungendo alla conclusione che il carattere derogabile del limite a tali turni, fissato in numero di dieci dall'art. 17 del c.c.n.l. 2002-2005, esclude che per quelli prestati in eccedenza debba essere corrisposta una retribuzione aggiuntiva, ma non anche che lo svolgimento del turno, che limita, pur senza escluderlo, il godimento del riposo, venga compensato; la mancata remunerazione lederebbe, infatti, i diritti fondamentali del lavoratore, oltre che l'imparzialità della P.A., la correttezza e la buona fede, senza che rilevino i limiti di spesa, in quanto la distribuzione delle risorse disponibili non può essere effettuata in modo tale da violare i diritti fondamentali degli operatori del settore.

Vi è poi **Sez. L, n. 31387/2019, Di Paolantonio, Rv. 655995-01**, già citata nel par. 3., con cui la S.C. ha ribadito che, nel pubblico impiego privatizzato – dove il rapporto di lavoro è disciplinato esclusivamente dalla legge e dalla contrattazione collettiva – non possono essere attribuiti trattamenti economici non previsti da tali fonti, nemmeno se di miglior favore. Da ciò la conseguenza che il trattamento economico previsto dai c.c.n.l. per i dirigenti medici di struttura complessa non può essere rivendicato da chi, al di fuori delle procedure concorsuali e selettive disciplinate dagli stessi contratti, sia stato preposto a una struttura che, seppure definita complessa dall'atto aziendale, non risponde ai requisiti richiesti dalle disposizioni regolamentari e collettive.

Quanto all'attività libero professionale svolta dal medico dipendente dell'ASL, nel 2019 la S.C. ha fissato alcuni punti fermi.

Quanto all'attività *intramoenia*, si è precisato che essa rientra nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, risultando tale regime connotato da un complesso di obbligazioni che scaturiscono dal sottostante rapporto che lega il sanitario all'ente da cui dipende; ne consegue – in tal senso **Sez. L, n. 04948/2019, Blasutto, Rv. 653018-01** – che i crediti per le prestazioni intramurarie sono soggetti alla prescrizione quinquennale.

La citata **Sez. L, n. 32264/2019, Bellè, Rv. 656049-01**, nel riaffermare il principio di onnicomprensività della retribuzione dirigenziale, ha sostenuto che è dovuto un compenso ulteriore solo per particolari prestazioni aggiuntive specificamente previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva e come tali remunerate sulla base di appositi presupposti, tra cui rientrano, proprio per la dirigenza sanitaria, gli incarichi libero-professionali *intramoenia ex art. 15-quinquies*, comma 2, del d.lgs. n. 502 del 1992.

In ordine alla cessazione dell'incarico dirigenziale dei medici, di rilievo sono le precisazioni fornite da **Sez. L, n. 30228/2019, Di Paolantonio, Rv. 655867-01**: nel caso di termine apposto all'incarico conferito al dirigente medico legato all'azienda sanitaria da contratto a tempo indeterminato, lo spirare del termine comporta la

cessazione dell'incarico ma non del rapporto; nel caso di termine finale del contratto del dirigente assunto a tempo determinato, invece, è lo stesso rapporto che si risolve automaticamente alla scadenza ed il dirigente non vanta alcun diritto soggettivo alla rinnovazione, che, seppure consentita nei limiti previsti dalla legge e dal c.c.n.l., rientra comunque nella facoltà dell'amministrazione, tenuta a valutare la persistenza delle condizioni che legittimano il ricorso alla tipologia contrattuale.

Infine, meritano di essere segnalate due pronunce concernenti categorie di medici non rientranti originariamente nella dirigenza sanitaria *ex* d.lgs. n. 502 del 1992.

Per quanto concerne gli *ex* medici condotti con rapporto non esclusivo con le ASL, **Sez. L, n. 29625/2019, Bellè, Rv. 655714-01**, ha ribadito che essi, in ragione della loro libera scelta di non esercitare la relativa opzione, permangono in una posizione giuridica differenziata rispetto al restante personale medico del servizio sanitario nazionale, mantenendo, in particolare, il trattamento retributivo omnicomprensivo originariamente previsto dall'art. 110 del d.P.R. n. 270 del 1987, con esclusione degli ulteriori emolumenti previsti dalla contrattazione collettiva per i dirigenti medici del servizio sanitario nazionale con rapporto esclusivo di dipendenza con la ASL, tra cui l'indennità di specificità medica. Al riguardo, non assume rilievo lo stanziamento di somme previsto dall'art. 1, comma 456, della l. n. 205 del 2007, limitato alla previsione di un impegno di spesa da ripartire secondo criteri da definire a cura del Ministero della salute.

Vi è poi la vicenda dei dirigenti sanitari, già dipendenti della Associazione ROMAIL e assunti dall'Azienda Policlinico Umberto I ai sensi della l.r. Lazio n. 20 del 2014: **Sez. L, n. 03476/2019, Torrice, Rv. 652869-01**, chiamata a stabilire se avessero diritto all'anzianità di servizio maturata prima dell'immissione in ruolo, lo ha negato, sul presupposto che la stessa legge regionale, facendo riferimento alle posizioni iniziali dell'area della dirigenza, intendesse attribuire in modo inequivoco a detto personale la posizione ordinamentale del dirigente sanitario all'atto della prima assunzione, da individuarsi nel momento in cui è stato costituito per la prima volta il rapporto di impiego pubblico privatizzato con l'azienda sanitaria.

Per quanto concerne la dirigenza non medica del comparto sanitario, **Sez. L, n. 03134/2019, Tria, Rv. 652876-01**, ha dettato i criteri per la determinazione del fondo della retribuzione di risultato per il periodo successivo al 30 giugno 1997 e ha stabilito che trova applicazione, anche per i dirigenti ancora governati dal vecchio regime dell'incentivazione al cd. *plus orario*, la normativa statale sulla retribuzione di risultato, nell'interpretazione dell'art. 61, comma 2, del c.c.n.l. del 5 dicembre 1996 resa dalle Sezioni Unite della S.C., con la sentenza n. 30222 del 2017, in ordine alla determinazione della "quota massima spendibile". I criteri previsti dagli accordi regionali, ancorché rispettosi dei massimali indicati dalla normativa statale, non sono utilizzabili, atteso che il trattamento economico di tutti i dipendenti pubblici

contrattualizzati va ricondotto alla materia di competenza legislativa esclusiva statale dell'ordinamento civile, di cui all'art. 117, comma 2, lett. l) Cost.

11. La scuola: docenti e personale ATA.

Le controversie relative ai rapporti di lavoro nella scuola danno sempre origine a questioni complesse e problematiche, in ragione del numero assai elevato del personale coinvolto e della caoticità degli interventi legislativi che si sono susseguiti negli anni.

Anzitutto, vi è la materia delle supplenze scolastiche di docenti e personale ATA, che continua a richiedere alla Corte di cassazione puntualizzazioni e rifiniture, nonostante l'ampia opera ricostruttiva compiuta dalla giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni, soprattutto a partire da Sez. L, n. 22552/2016, Torrice, Rv. 641607-01, 641608-01, 641609-01 e Sez. L, n. 22558/2016, Di Paolantonio, Rv. 641598-01.

In termini generali, **Sez. L, n. 20918/2019, Di Paolantonio, Rv. 654798-01**, ha ribadito che la clausola 4 dell'Accordo quadro sul rapporto a tempo determinato, recepito dalla direttiva n. 1999/70/CE, di diretta applicazione, impone di riconoscere l'anzianità di servizio maturata al personale del comparto scuola assunto con contratti a termine, ai fini dell'attribuzione della medesima progressione stipendiale prevista per i dipendenti a tempo indeterminato dai c.c.n.l. succedutisi nel tempo, con conseguente disapplicazione delle disposizioni di tali c.c.n.l. che, prescindendo dalla anzianità maturata, commisurano in ogni caso la retribuzione degli assunti a tempo determinato al trattamento economico iniziale previsto per i dipendenti a tempo indeterminato.

A sua volta, **Sez. L, n. 30573/2019, Tria, Rv. 655876-01**, ha confermato, in linea con i precedenti anche della giurisprudenza costituzionale, che la parificazione retributiva tra supplenti e docenti non può far leva sugli scatti biennali previsti dall'art. 53 della l. n. 312 del 1980, dato che al momento della contrattualizzazione del rapporto di impiego del personale della scuola, la disposizione da ultimo citata poteva dirsi vigente ed efficace solo relativamente ai docenti di religione (il cui *status* mantiene indubbie peculiarità anche dopo la legge n. 186 del 2003 istitutiva di un ruolo dei docenti di religione cattolica) e ad alcune particolari categorie di insegnanti che, sebbene non immessi nei ruoli, prestavano attività sulla base, non di supplenze temporanee o annuali, bensì in forza di contratti a tempo indeterminato previsti in via eccezionale.

L'importanza della decisione appena citata, soprattutto per la concreta gestione del contenzioso di merito, risiede soprattutto nel fatto che essa ha avuto cura di precisare che la decisione sulla domanda dei lavoratori a tempo determinato, volta a ottenere la parificazione retributiva rispetto ai docenti di ruolo, non può prescindere

da un attento esame, da parte del giudice, del *petitum* sostanziale: con la conseguenza che, anche quando la domanda menzioni gli scatti biennali di anzianità e sia apparentemente diretta a ottenere tale voce retributiva, non può escludersi, al di là delle espressioni letterali e del richiamo all'art. 53, che essa in realtà celi la diversa e autonoma domanda di riconoscimento della progressione stipendiale per effetto del riconoscimento dell'anzianità di servizio.

Nello scorcio finale del 2019, poi, la S.C. è stata chiamata a importanti precisazioni sulle conseguenze della sentenza della Corte di giustizia UE 20 settembre 2018, causa C-466/17, *Motter*, originata da una controversia italiana, che aveva evocato la possibilità che la disparità di trattamento retributivo tra docenti di ruolo e precari potesse trovare una qualche giustificazione oggettiva.

A fare chiarezza sono giunte, all'esito di un complesso *iter* motivazionale, **Sez. L, n. 31149/2019, Di Paolantonio, Rv. 655985-01**, relativa al personale docente, e **Sez. L, n. 31150/2019, Di Paolantonio, Rv. 655986-01**, riferibile al personale ATA.

Le motivazioni delle due pronunce hanno un nucleo comune, ossia il ridimensionamento della portata della citata sentenza *Motter*.

Ad avviso della S.C., tale pronuncia della Corte di Lussemburgo, pur non escludendo in astratto la sussistenza di ragioni oggettive che possano giustificare un diverso e più favorevole trattamento economico del personale scolastico di ruolo rispetto a quello che abbia lavorato sulla base di supplenze temporanee, non ha smentito la propria precedente giurisprudenza sull'argomento e ha rimesso al giudice nazionale il compito di valutare la sussistenza e la consistenza delle predette ragioni.

La Cassazione ha dunque ribadito che la disparità non può essere giustificata dalla natura non di ruolo del rapporto di impiego, dalla novità di ogni singolo contratto rispetto al precedente, dalle modalità di reclutamento del personale nel settore scolastico e dalle esigenze che il sistema mira ad assicurare.

Svolta questa premessa, le due sentenze si sono poi però confrontate con i passaggi più delicati e potenzialmente dirompenti della sentenza *Motter*, quelli in cui la Corte di giustizia ha adombrato la possibilità che una completa parificazione del servizio pre-ruolo possa tradursi in una sorta di discriminazione alla rovescia, in danno dei docenti assunti con concorso generale.

Il rischio è reale, ha osservato la Cassazione, e trova origine nel fatto che l'art. 489 del d.lgs. n. 297 del 1994, come integrato dalla l. n. 124 del 1999, preveda che "il servizio di insegnamento è da considerarsi come anno scolastico intero se ha avuto la durata prevista agli effetti della validità dell'anno dall'ordinamento scolastico vigente al momento della prestazione". Poiché i supplenti della scuola non necessariamente lavorano per l'intero anno solare, giovandosi di tale criterio potrebbero ottenere un'anzianità pari a quella dell'assunto a tempo indeterminato,

pur avendo reso rispetto a quest'ultimo una prestazione di durata temporalmente inferiore.

La Corte di legittimità si è fatta carico dei dubbi del giudice sovranazionale e ha così precisato.

Anzitutto, **Sez. L, n. 31150/2019, Di Paolantonio, Rv. 655986-01**, ha osservato come la *fictio iuris* fissata dall'art. 489 valga solo per i docenti e non per il personale ATA. Per i non docenti un rischio di discriminazione alla rovescia, dunque, deve essere escluso in radice.

Quanto ai docenti, secondo **Sez. L, n. 31149/2019, Di Paolantonio, Rv. 655985-01**, un problema di trattamento discriminatorio può fondatamente porsi nelle sole ipotesi in cui l'anzianità effettiva di servizio, non quella virtuale *ex art. 489 d.lgs. n. 297 del 1994*, prestata con rapporti a tempo determinato, risulti superiore a quella riconoscibile *ex art. 485 d.lgs. n. 297 del 1994*, perché solo in tal caso l'attività svolta sulla base del rapporto a termine viene ad essere apprezzata in misura inferiore rispetto alla valutazione riservata all'assunto a tempo indeterminato.

L'invito rivolto ai giudici di merito è quello di compiere dunque una comparazione in concreto, secondo le seguenti scansioni.

Nel calcolo dell'anzianità occorre tener conto del solo servizio effettivo prestato, maggiorato, eventualmente, degli ulteriori periodi nei quali l'assenza è giustificata da una ragione che non comporta decurtazione di anzianità anche per l'assunto a tempo indeterminato (congedo ed aspettativa retribuiti, maternità e istituti assimilati), con la conseguenza che non possono essere considerati né gli intervalli fra la cessazione di un incarico di supplenza ed il conferimento di quello successivo, né, per le supplenze diverse da quelle annuali, i mesi estivi, in relazione ai quali questa Corte da tempo ha escluso la spettanza del diritto alla retribuzione, sul presupposto che il rapporto cessa al momento del completamento delle attività di scrutinio.

Si dovrà, invece, tener conto del servizio prestato in un ruolo diverso da quello rispetto al quale si domanda la ricostruzione della carriera, in presenza delle condizioni richieste dall'art. 485, perché il medesimo beneficio è riconosciuto anche al docente a tempo indeterminato che transiti dall'uno all'altro ruolo, con la conseguenza che il meccanismo non determina alcuna discriminazione alla rovescia.

Qualora, all'esito del calcolo effettuato nei termini sopra indicati, il risultato complessivo dovesse risultare superiore a quello ottenuto con l'applicazione dei criteri di cui all'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994, la norma di diritto interno deve essere disapplicata ed al docente va riconosciuto il medesimo trattamento che, nelle stesse condizioni qualitative e quantitative, sarebbe stato attribuito all'insegnante assunto a tempo indeterminato, perché l'abbattimento, in quanto non giustificato da ragione oggettiva, non appare conforme al diritto dell'Unione (in tema v. anche **Sez. L, n. 03473/2019, Di Paolantonio, Rv. 652913-01**).

Non è consentito, invece, al docente assunto a tempo determinato, successivamente immesso nei ruoli, pretendere, sulla base della clausola 4 dell'Accordo quadro citato, una commistione di regimi, ossia, da un lato, l'applicazione del criterio più favorevole dettato dal T.U. e, dall'altro, l'eliminazione del solo abbattimento, perché la disapplicazione non può essere parziale, né può comportare l'applicazione di una disciplina diversa da quella della quale può giovare l'assunto a tempo indeterminato comparabile.

Ancora in tema di computabilità a fini retributivi e di anzianità del servizio pre-ruolo, di rilievo sono due ulteriori pronunce.

La prima è **Sez. L, n. 32386/2019, Tricomi I., Rv. 656051-01**, chiamata a risolvere la delicata questione dei docenti che abbiano prestato servizio precario presso le scuole parificate.

La pronuncia ha ripercorso l'evoluzione legislativa in materia di parificazione tra scuola pubblica e scuola privata, inquadrandola nella cornice costituzionale degli art. 33 e 97 Cost. e giungendo alla conclusione che il legislatore abbia senza dubbio inteso riconoscere all'insegnamento svolto nelle scuole paritarie private lo stesso valore di quello che viene impartito nelle scuole pubbliche, garantendo un trattamento scolastico equipollente agli alunni delle une e delle altre. Tale equipollenza è da intendere non solo con riguardo al riconoscimento del titolo di studio, ma anche con riguardo alla qualità del servizio di istruzione erogato dall'istituzione scolastica paritaria.

Tuttavia, ciò non dà luogo all'equiparazione del rapporto di lavoro che intercorre con la scuola paritaria con quello instaurato in regime di pubblico impiego privatizzato, attesa la persistente non omogeneità dello *status* giuridico del personale docente, come si evince già dalla modalità di assunzione, che nel primo caso può avvenire al di fuori dei principi concorsuali di cui all'art. 97 Cost.

La computabilità del servizio pre-ruolo nelle scuole parificate è stato dunque esclusa, in assenza di una norma specifica come quella dell'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994, che riguarda unicamente le scuole statali e quelle cd. parificate (da non confondere con le parificate private).

La seconda è **Sez. L, n. 16174/2019, Torrice, Rv. 654148-01**, con cui è stata sancita l'applicabilità dell'art. 485, comma 6, all'insegnamento su posto di sostegno anche se svolto in assenza del titolo di specializzazione, in ragione del fatto che l'art. 7, comma 2, della legge n. 124 del 1999, che in tal senso si esprime, non ha carattere innovativo ed ha solo reso esplicito un precetto già desumibile dalla disciplina dettata dal Testo Unico.

Sempre in tema di retribuzione degli insegnanti, ma con riferimento al personale scolastico in servizio all'estero, merita poi di essere menzionata **Sez. L, n. 26617/2019, Marotta, Rv. 655399-01**: la sentenza ha chiarito che la clausola di cui

alla nota a verbale dell'art. 76 del c.c.n.l. del comparto scuola del 24 luglio 2003 va interpretata nel senso che la ritenuta relativa all'indennità integrativa speciale sullo stipendio, ivi stabilita per il personale in servizio all'estero, non è applicabile a decorrere dal successivo c.c.n.l. comparto scuola del 29 novembre 2007, ove non è stata reiterata la relativa previsione, avendo detta indennità perso la sua iniziale funzione di adeguamento al costo della vita e concorrendo, ormai, a formare lo stipendio tabellare. L'importanza della pronuncia appena menzionata è data dal fatto che essa è stata adottata *ex art.* 64, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, nell'ambito della cd. nomofilachia accelerata sui contratti collettivi nazionali.

Nell'ambito del contenzioso riguardante il personale insegnante all'estero, **Sez. L, n. 00449/2019, Tria, Rv. 652562-01**, ha poi avuto cura di precisare che in assenza di una specifica previsione di legge o di contratto, la restituzione ai ruoli metropolitani per incompatibilità ovvero per ragioni di servizio di tale personale non comporta l'esclusione *sine die* da ogni ulteriore destinazione all'estero del dipendente che, in epoca successiva alla suddetta restituzione, sia stato utilmente inserito nelle graduatorie permanenti per classi di concorso che si riferiscono ad attività, competenze linguistiche e contesti geografici diversi. La S.C. ha pertanto ritenuto illegittimo il depennamento di una docente dalle graduatorie per l'attività di insegnante di lingua francese, disposto in ragione di un precedente provvedimento di restituzione ai ruoli, per revoca del gradimento da parte dell'autorità estera, riguardante la diversa attività di lettrice di lingua tedesca.

In tema di procedimento disciplinare del personale docente della scuola, **Sez. L, n. 28111/2019, Tricoli I., Rv. 655602-01**, e **Sez. L, n. 30226/2019, Bellè, Rv. 655866-01**, hanno dato continuità all'orientamento secondo il quale, relativamente ai fatti per i quali la notizia dell'infrazione risulti acquisita dagli organi dell'azione disciplinare dopo il 16 novembre 2009, si applicano le regole procedurali di cui all'art. 55-bis del d.lgs. n. 165 del 2001 introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2009.

Dunque, poiché per le infrazioni di cui all'art. 494, comma 1, lettere a), b) e c), del d.lgs. n. 297 del 1994, la fattispecie legale di cui al medesimo art. 494, comma 1, e all'art. 492, comma 2, lettera b), prevede "la sospensione dall'insegnamento o dall'ufficio fino a un mese", ai sensi dell'art. 55-bis, comma 1, primo e secondo periodo, applicabile *ratione temporis* nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 75 del 2017, per il procedimento disciplinare sussiste la competenza dell'Ufficio per i procedimenti disciplinari (U.P.D.) e non del dirigente scolastico, trattandosi di infrazioni punibili con sanzione più grave rispetto a quella inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, dovendosi fare riferimento alla fattispecie disciplinare legale e non a valutazioni *ex ante* della sanzione irrogabile in concreto, meramente ipotetiche e discrezionali.

Tra gli obblighi del personale docente vi è poi anche quello di svolgere le attività funzionali all'insegnamento di carattere collegiale.

Sez. L, n. 07320/2019, Di Paolantonio, Rv. 653087-01, ha chiarito che tale obbligo grava sul personale docente del comparto della scuola assunto con contratto a tempo parziale, secondo le stesse modalità previste per i docenti a tempo pieno, e che, in caso di *part time* verticale o misto, deve essere assolto anche se la convocazione è disposta in giorni della settimana non coincidenti con quelli stabiliti per l'insegnamento.

Un chiarimento in tema di obblighi del personale e conseguenze disciplinari delle loro violazioni, è anche quello fornito da **Sez. L, n. 20844/2019, Tricomi I., Rv. 654994-01**, ancorché con riferimento al personale ATA: ai sensi dell'art. 50 del c.c.n.l. comparto scuola del 29 novembre 2007 e della allegata tabella A, tra le mansioni di cui al profilo professionale dell'Area A rientrano le attività di accoglienza e sorveglianza degli alunni di scuola primaria nei periodi immediatamente antecedenti e successivi alle attività scolastiche, attività in cui si inserisce anche l'accompagnamento al punto di raccolta dello scuolabus; la S.C. ha così confermato l'adequatezza della sanzione disciplinare dell'ammonizione irrogata ad un dipendente ATA che aveva omesso di accompagnare allo scuolabus due alunne rimaste isolate e distaccate dal gruppo.

Un settore particolare è poi quello del personale degli Istituti di alta formazione (AFAM), che dà origine a un numero limitato di controversie, tutte connotate però da forte problematicità.

Anzitutto, tali controversie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario (**Sez. L, n. 17140/2019, Torrice, Rv. 654365-02**).

In materia di incarichi a tempo determinato, **Sez. L, n. 30061/2019, Bellè, Rv. 655860-01**, ha poi inteso chiarire la portata dell'art. 2, comma 6, della legge di riforma dell'alta formazione e specializzazione artistica e musicale, la l. n. 508 del 1999. Tale disposizione ha avuto il solo scopo di conservare nel medesimo stato giuridico, in un apposito ruolo ad esaurimento, il personale, docente e non docente, in servizio a tempo indeterminato nelle istituzioni artistiche, senza apportare modifiche in senso migliorativo al regime di tali dipendenti, né stabilizzazioni di incarichi temporanei. La sentenza ha pertanto escluso che essa attribuisca ai docenti a tempo indeterminato, nominati direttori dei conservatori a tempo determinato, il diritto alla stabilizzazione nell'incarico di direttore.

12. I rapporti di lavoro nelle società cd. *in house*.

La natura ibrida delle società cd. *in house* solleva numerose questioni interpretative in tema di reclutamento del personale e gestione dei rapporti di lavoro.

Sotto il primo aspetto, l'art. 18 del d.l. n. 112 del 2008 – oggetto di continue modifiche negli anni successivi alla sua entrata in vigore – ha esteso alle società partecipate, ai fini del reclutamento in questione, la disciplina delle procedure concorsuali e selettive delle amministrazioni pubbliche.

Secondo l'insegnamento di Sez. L, n. 03621/2018, Di Paolantonio, Rv. 647442-01, tale previsione ha carattere imperativo e la sua violazione impedisce la conversione in rapporto a tempo indeterminato del contratto a termine affetto da nullità, anche prima della espressa previsione di tale sanzione contenuta nell'art. 19, comma 4, del d.lgs. n. 175 del 2016.

Nell'anno in esame, tale indirizzo è stato ribadito da **Sez. L, 03662/2019, Torrice, Rv. 652897-01** (rispetto a un'azienda di trasporto pubblico locale) e da **Sez. L, n. 19925/2019, Tricomi I., Rv. 654741-01** (in una fattispecie riguardante l'ANAS).

Per i contratti conclusi prima della novella del 2008, invece, il quadro sembrava delineato in modo chiaro giusta l'affermazione secondo cui il regime giuridico dei sistemi di assunzione doveva considerarsi quello proprio dello strumento privatistico adoperato: ne derivava l'attribuzione al giudice ordinario della giurisdizione sulle controversie di lavoro (Sez. U, n. 07759/2017, Bronzini, Rv. 643551-01 e Sez. L, n. 07222/2018, Cinque, Rv. 647609-01) e la possibilità di convertire eventuali contratti a tempo determinato nulli (Sez. L, n. 13480/2018, De Felice, Rv. 648740-01, e Sez. L, n. 21378/2018, Torrice, Rv. 650213-01).

Nel corso del 2019, tuttavia, la nitidezza del quadro è stata offuscata con riferimento alle ipotesi in cui, già prima del d.l. n. 112 del 2008, la materia formava oggetto di discipline regionali restrittive, in un certo senso anticipatrici della normativa statale.

Il problema si era già posto nel 2018 a Sez. L, n. 05063/2018, Spena, Rv. 647375-01, che aveva potuto però evitare di prendere posizione, in ragione del fatto che il contratto a termine con l'azienda di trasporto pubblico locale era stato nella specie concluso quando la norma regionale restrittiva, in quel caso della Regione Sardegna, era stata già abrogata da una legge successiva, proprio in occasione della privatizzazione dell'azienda.

La questione è così riemersa nell'anno in rassegna.

Dapprima, **Sez. L, n. 07050/2019, Balestrieri, Rv. 653085-01**, ha affermato che la convertibilità è esclusa quando singole norme regionali impongano l'esperimento di procedure concorsuali o selettive per l'assunzione di personale dipendente delle società di gestione di servizi pubblici locali, dovendosi ritenere che la materia non sia di competenza esclusiva statale, né concorrente *ex art. 117 Cost.* (nella specie, si trattava dell'art. 7, comma 4, lett. f), della l.r. Abruzzo n. 23 del 2004, disposizione che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 29 del 2006, aveva già giudicato non

invasiva della competenza esclusiva statale nella materia “ordinamento civile”, in quanto volta non già “*a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all’art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici*”).

Successivamente, però, **Sez. L, n. 20782/2019, Negri della Torre, Rv. 654795-01**, ha ritenuto ammissibile la conversione in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato di un contratto a termine illegittimo, stipulato prima della novella legislativa da una società a partecipazione pubblica siciliana, nonostante l’art. 45 della l.r. Sicilia n. 2 del 2007, già imponesse l’assunzione di nuovo personale solo con procedure di evidenza pubblica. La sentenza ha fatto leva sulla circostanza che l’art. 17 dello Statuto regionale siciliano autorizza l’emanazione di leggi in materia di rapporti di lavoro “*entro i limiti dei principi ed interessi generali cui si informa la legislazione dello Stato*” e, anche richiamando il precedente di Sez. L, n. 04895/2012, Nobile, Rv. 622414-01, ha così chiosato: “*diversamente dovendo concludersi che la violazione delle norme dettate dal legislatore nazionale in materia di contratti a tempo determinato avrebbe conseguenze diverse a seconda della regione in cui ha sede il soggetto che se ne sia reso responsabile*”.

Passando all’esame di pronunce dedicate alla gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle società partecipate, di rilevante impatto è il principio enunciato da **Sez. L, n. 06264/2019, Blasutto, Rv. 653180-01**, secondo cui il congelamento triennale degli aumenti retributivi, delle progressioni di carriera e degli scatti di anzianità, introdotto, per il triennio 2011-2013, dall’art. 9, comma 21, del d.l. n. 78 del 2010, conv. dalla l. n. 122 del 2010, in quanto misura volta al contenimento e alla razionalizzazione della spesa pubblica è applicabile anche ai dipendenti appartenenti alle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall’Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ai sensi dell’art. 1, comma 3, della l. n. 196 del 2009: tra queste trovano posto anche le società partecipate al 100% dallo Stato (fattispecie relativa a dirigenti dell’ANAS).

Con riferimento infine al rapporto tra le società partecipate e i loro amministratori, si fa rinvio al capitolo di questa *Rassegna* specificamente dedicato alle società *in house*.

SEZIONE TERZA

IL DIRITTO DELLA PREVIDENZA SOCIALE

CAPITOLO XXI

LA PREVIDENZA SOCIALE

(DI ANNACHIARA MASSAFRA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'obbligazione contributiva. - 2.1. Classificazione e qualificazione dei soggetti obbligati. - 2.2. I coadiutori familiari. - 2.3. La retribuzione imponibile ed il minimale contributivo. - 2.4. La responsabilità contrattuale della P.A. - 3. I benefici previdenziali. - 4. Esenzioni ed agevolazioni contributive. - 5. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione. - 6 Gli sgravi contributi. - 7. Accertamento e riscossione. - 8. Le sanzioni civili e la rendita vitalizia - 9. La prescrizione dei crediti contributivi.

1. Premessa

Numerose, come ogni anno, le sentenze che in tema di previdenza sociale hanno affrontato i diversi aspetti della materia.

2. L'obbligazione contributiva.

Con specifico riferimento al settore delle società cooperative, **Sez. L, n. 12166/2019, Calafiore, Rv. 653754-01**, conformemente a quanto statuito da Sez. L, n. 06966/2010, Nobile, Rv. **612086-01**, ha affermato che, ai fini dell'individuazione dell'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali, non trova applicazione l'art. 7, comma 4, del d.l. 31 dicembre 2007 n. 248, il quale concerne il profilo retributivo del rapporto di lavoro tra società e socio lavoratore, bensì l'art. 1 del d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, conv. dalla l. 7 dicembre n. 389, secondo cui detto importo è quello desumibile dai diversi accordi sindacali o dal contratto individuale di lavoro, quando questi ultimi prevedano una retribuzione superiore alla misura minima stabilita dal contratto collettivo nazionale, mentre solo in caso contrario la contribuzione deve essere parametrata a quella stabilita dalla contrattazione nazionale di settore. Al medesimo fine, il criterio della maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali, previsto dall'art. 2, comma 25, della l. 28 dicembre 1995 n. 549, opera esclusivamente nelle ipotesi in cui, stabilita l'applicabilità del contratto nazionale in luogo di quelli locali o individuali, vi sia una pluralità di contratti collettivi nazionali intervenuti per la medesima categoria. In applicazione del principio, la S.C. ha quindi confermato la decisione di merito che, in presenza di un accertamento sui lavoratori di una cooperativa, il cui regolamento

prevedeva l'alternativa applicabilità del c.c.p.l. Confezionatori della Provincia di Cuneo o del c.c.n.l. Trasporto Cisal, aveva ritenuto corretto il calcolo dei contributi effettuato sulla base della retribuzione prevista dal contratto collettivo provinciale, per la maggiore entità del trattamento retributivo e per la sua omogeneità rispetto all'attività svolta dai lavoratori.

Sez. L, n. 18568/2019, Calafiore, Rv. 654487-01, in tema di contribuzione per malattia, ribadendo quanto statuito da Sez. L., n. 24997/2013, Napoletano, Rv. **628508-01**, ha affermato che per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 20, comma 1, del d.l. n. 112 del 2008, conv. dalla l. n. 133 del 2008, di interpretazione autentica dell'art. 6, comma 2, della l. n. 138 del 1943, non è più dovuto dai datori di lavoro il versamento della contribuzione INPS per il trattamento economico di malattia, senza che - a seguito della sentenza della Corte cost. n. 82 del 2013, che ha dichiarato l'illegittimità della norma per violazione del principio di uguaglianza, nonché, in via conseguenziale ed ai sensi dell'art. 27 della l. n. 87 del 1953, dell'art. 16, lett. b), del d.l. n. 98 del 2011, conv. dalla l. n. 111 del 2011, che ha differito al 30 aprile 2011 il termine finale del periodo di tempo al quale si riferivano i contributi i cui versamenti erano comunque acquisiti all'INPS - operi la regola dell'irripetibilità delle contribuzioni anteriormente versate che non restano, pertanto, acquisite alla gestione previdenziale.

Rileva in questa sede anche **Sez. L, n. 21540/2019, Calafiore, Rv. 655009-01**, la quale ha affermato che il lavoratore autonomo, iscritto alla gestione previdenziale in quanto svolgente un'attività lavorativa per la quale vi siano i requisiti per il sorgere della tutela previdenziale obbligatoria, deve includere nella base imponibile sulla quale calcolare i contributi la totalità dei redditi d'impresa così come definita dalla disciplina fiscale, vale a dire quelli che derivano dall'esercizio di attività imprenditoriale (art. 55 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), restando esclusi i redditi di capitale, quali quelli derivanti dalla mera partecipazione a società di capitali, senza prestazione di attività lavorativa (art. 44, lett. e), del d.P.R. n. 917 del 1986).

2.1. Classificazione e qualificazione dei soggetti obbligati.

Assume importanza stabilire se l'affidamento della gestione dell'edilizia residenziale pubblica a società partecipate, anche totalmente, dagli enti pubblici locali muti la loro natura giuridica in ordine agli obblighi previdenziali. Alla domanda ha dato risposta negativa **Sez. L, n. 05429/2019, Bellè, Rv. 652920-01**, chiarendo che l'assenza di mutamento della natura giuridica non esonera dette società partecipate, conseguentemente, dal versamento della contribuzione cd. minore (per malattia, maternità, fondo di garanzia per insolvenza datore di lavoro e t.f.r. etc.), perché la finalità perseguita dal legislatore attraverso la promozione di strumenti non

autoritativi per la gestione di taluni servizi di interesse pubblico è quella di tutelare le dinamiche del mercato e della concorrenza, mentre assume prevalente rilievo, in ordine agli obblighi contributivi, il passaggio del personale addetto dal regime pubblicistico a quello privatistico.

Con riferimento alla classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali, **Sez. L, n. 14257/2019, Ghinoy, Rv. 653975-01**, ha inoltre ribadito che i provvedimenti di variazione adottati dall'Inps, d'ufficio o su richiesta dell'azienda, non hanno efficacia retroattiva e producono i loro effetti dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione. La S.C. ha peraltro escluso che i provvedimenti di variazione adottati dall'Inps abbiano effetto retroattivo con riguardo ai casi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro, nei quali non è tuttavia compresa l'ipotesi di omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività.

La decisione si allinea a quanto già statuito da Sez. L, n. 03460/2018, Calafiore, Rv. 647411-01, mentre si discosta da Sez. L, n. 08558/2014, Tria, Rv. 630248-01, così massimata dall'Ufficio: "In materia di classificazione dei datori di lavoro, la previsione di cui all'art. 3, comma 8, della legge 8 agosto 1995, n. 335, in base alla quale le variazioni hanno effetto dal "periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione, con esclusione dei casi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro", deve essere estesa, stante l'evidente identità di *ratio*, alle ipotesi in cui il datore di lavoro abbia ommesso di comunicare, all'ente previdenziale, la variazione della propria attività in violazione di obbligo imposto sotto comminatoria di sanzione amministrativa, di cui all'art. 2 del d.l. 6 luglio 1978, n. 362, convertito nella legge 4 agosto 1978, n. 467, in quanto, pur se in un momento successivo, si realizza una discrasia tra l'effettività della situazione e le dichiarazioni sulle quali la classificazione iniziale era fondata".

Sez. L, n. 02933/2019, Riviero, Rv. 652606-01, sempre in tema di inquadramento delle aziende a fini previdenziali, ha affermato che le cooperative svolgenti attività di trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli acquisiti da terzi possono essere qualificate agricole, ai sensi dell'art. 2135 c.c., a condizione che esercitino la loro attività prevalentemente nei confronti dei soci o con prodotti derivanti dai fondi da questi ultimi coltivati.

2.2. I coadiutori familiari.

In tema di contributi previdenziali per il familiare coadiutore dell'imprenditore commerciale, **Sez. L, n. 23791/2019, Ghinoy, Rv. 655065-01**, ha chiarito che sussiste l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti *ex art. 2* della l. 22 luglio 1966, n. 613 anche nel caso in cui il lavoro sia stato formalizzato come rapporto di

associazione in partecipazione, non rientrando tale tipologia contrattuale tra le eccezioni normativamente previste che riguardano esclusivamente il coadiutore soggetto all'assicurazione generale obbligatoria quale lavoratore dipendente o apprendista.

Mentre con riferimento ai coadiutori familiari non farmacisti del titolare di una farmacia, **Sez. L, n. 23584/2019, Ghinoy, Rv. 655063-01**, ha affermato che l'obbligo di iscrizione nella gestione commercianti sorge, ai sensi della l. n. 613 del 1966, ove i predetti familiari, in relazione alle attività di vario tipo demandabili a non farmacisti, prestino la propria opera con carattere di abitudine, ovvero con continuità e stabilmente e non in via straordinaria o occasionale (ancorché non sia necessaria la presenza quotidiana ed ininterrotta sul luogo di lavoro), e prevalenza, ovvero con preponderanza sotto il profilo temporale rispetto ad altre occupazioni. In applicazione del principio è stata quindi ravvisata la sussistenza di tali requisiti nella partecipazione al lavoro aziendale da parte della madre di un farmacista. In particolare è stata valorizzata la circostanza che la medesima, malgrado l'età - *id est*: circa ottant'anni - aveva fornito un concreto apporto alla conduzione della farmacia nella sistemazione dei medicinali nel magazzino, lavorando per varie ore quasi tutti i giorni almeno sino ad un determinato periodo, non risultando, peraltro, che fosse impegnata in altre occupazioni.

In continuità con l'orientamento espresso da Sez. L, n. 30554/2018, Mancino, Rv. 651713-01, dopo le “perplexità” sollevate dall'ordinanza interlocutoria pronunciata da Sez. 6-L n. 13049/2018, Ghinoy, **Sez. L, n. 14074/2019, Cavallaro, Rv. 654015-01**, ha affermato che ai fini dell'inquadramento previdenziale dei produttori assicurativi diretti - i quali svolgono la loro attività per conto delle imprese assicurative senza essere collegati ad agenti o subagenti - rilevano le modalità di esercizio dell'attività di ricerca del cliente assicurativo, evincendosi dal sistema complessivamente disegnato dal legislatore che hanno obbligo di iscrizione nella Gestione commercianti ordinaria quei soggetti che svolgano tale attività in forma di impresa, mentre sono tenuti ad iscriversi nella Gestione separata *ex art. 2, comma 26*, della l. n. 335 del 1995, coloro che collaborino nella ricerca della clientela mediante apporto personale, coordinato e continuativo, ma privo di carattere imprenditoriale, ovvero mediante attività autonoma occasionale (anch'essa non esercitata in forma di impresa, per carenza del requisito di professionalità *ex art. 2082 c.c.*), ma a condizione, in tale ultima ipotesi, che il reddito percepito superi la soglia di € 5000,00.

2.3. La retribuzione imponibile ed il minimale contributivo.

Sez. L, n. 08662/2019, Pagetta, Rv. 653430-01, in tema di obblighi previdenziali, ha avuto il pregio di chiarire che la transazione con cui il lavoratore ed

il datore di lavoro abbiano definito la controversia in ordine alla obbligazione retributiva non spiega efficacia sulla distinta ed autonoma obbligazione contributiva, derivante dalla legge, che fa capo all'INPS; pertanto, l'accertamento giudiziale superato dalla conciliazione *inter partes* non può più costituire il presupposto della condanna in favore dell'istituto previdenziale, ma il credito contributivo può essere azionato sulla base di un diverso titolo. Nella specie, la S.C. ha dichiarato il sopravvenuto difetto di interesse del datore di lavoro ad impugnare, nei confronti dell'INPS, la statuizione travolta dalla transazione intervenuta con il lavoratore.

In materia di trattamento contributivo dell'indennità di trasferta, **Sez. 5, n. 02424/2019, Crucitti, Rv. 652515-01**, allineandosi a S.U. n. 27093/2017, Tria, Rv. 646405-01, ha ribadito che alla stregua dei criteri di interpretazione letterale, storica, logico-sistematica e teleologica, l'espressione, anche se corrisposta con carattere di continuità, presente sia nell'art. 11 della l. n. 467 del 1984, sia nel vigente art. 51, comma 6, del d.P.R. n. 917 del 1986 (così come nel successivo art. 48, comma 6, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 314 del 1997), deve essere intesa nel senso che l'eventuale continuatività della corresponsione del compenso per la trasferta non ne modifica l'assoggettabilità al regime contributivo (e fiscale) meno gravoso (di quello stabilito in via generale per la retribuzione imponibile) rispettivamente previsto dalle citate disposizioni.

Sempre in tema, **Sez. L, n. 12648/2019, Fernandes, Rv. 653763-01**, ha affermato che l'art. 51, comma 6, del d.P.R. n. 917 del 1986, secondo l'interpretazione autentica di cui all'art. 7 *quinquies* del d.l. n. 193 del 2016, conv., con modif., dalla l. n. 225 del 2016, si applica ai lavoratori per i quali sussistono contestualmente le seguenti condizioni: a) la mancata indicazione, nel contratto o nella lettera di assunzione, della sede di lavoro; b) lo svolgimento di un'attività lavorativa che richiede la continua mobilità; c) la corresponsione al dipendente, in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa in luoghi sempre variabili e diversi, di un'indennità o maggiorazione di retribuzione "in misura fissa", attribuite senza distinguere se il dipendente si sia effettivamente recato in trasferta e dove la stessa si è svolta. Pertanto, ai fini dell'applicabilità dell'articolo in questione, non rilevano le modalità di erogazione della predetta indennità.

Sez. L, n. 21410/2019, Bellè, Rv. 654809-02, ha poi ulteriormente precisato, in merito all'art. 51, comma 6, del d.P.R. n. 917 del 1986 ed ai requisiti necessari per il suo riconoscimento, che la corresponsione al dipendente, in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa in luoghi sempre variabili e diversi, di un'indennità o maggiorazione di retribuzione "in misura fissa", necessita dell'accertamento di detto ultimo requisito non solo in base al concreto andamento dei pagamenti attuati o pattuiti dalle parti, ma anche in forza dei relativi obblighi imposti dalla disciplina della contrattazione collettiva.

In merito al cd. minimale contributivo, **Sez. L, n. 15120/2019, Ghinoy, Rv. 654101-01**, ha specificato che esso opera anche con riferimento all'orario di lavoro, che va parametrato a quello previsto dalla contrattazione collettiva, o dal contratto individuale, e superiore; sicché la contribuzione è dovuta anche in caso di assenze o di sospensione concordata della prestazione che non trovino giustificazione nella legge o nel contratto collettivo, bensì in un accordo tra le parti che derivi da una libera scelta del datore di lavoro. Sempre in **merito Sez. L, n. 13650/2019, Mancino, 653842-01**, ha quindi evidenziato che l'obbligazione contributiva, commisurata alla retribuzione che al lavoratore spetterebbe sulla base della contrattazione collettiva vigente, è dovuta anche nei casi di mancata esecuzione della prestazione lavorativa e corresponsione della relativa retribuzione, dipendente da cause diverse da quelle previste dalla legge o dal contratto collettivo, attesa la natura indisponibile dell'obbligazione contributiva stessa.

Sez. L, n. 15172/2019, Ghinoy, Rv. 654104-01, ha affermato che la regola del cd. minimale contributivo, di cui all'art. 1 del d.l. n. 338 del 1989, conv. dalla l. n. 389 del 1989, si applica anche nel caso in cui una cooperativa, ai sensi dell'art. 6 della l. 3 aprile 2001, n. 142, deliberi uno stato di crisi che comporti la riduzione della retribuzione dei soci al di sotto dei minimi contrattuali fissati dal c.c.n.l. di categoria, non rientrando tale delibera tra le fonti che, a mente dell'art. 1 citato, individuano la retribuzione minima da assumere come parametro per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, né facendo l'art. 6 alcun riferimento agli obblighi contributivi.

Nel dettaglio la pronuncia ha evidenziato, richiamando diversi precedenti di legittimità, che l'applicazione della normativa di cui innanzi, legittima l'incidenza *in peius* sul trattamento economico minimo di cui all'art. 3, comma 1, ove la deliberazione contenga elementi adeguati e sufficienti “tali da esplicitare l'effettività dello stato di crisi aziendale che richiede interventi straordinari consentiti dalla legge, la temporaneità dello stato di crisi aziendale e l'applicabilità ai soci lavoratori degli interventi in esame”. Sicché, occorre individuare le ricadute sul piano previdenziale della riduzione della retribuzione prevista dal piano di crisi aziendale della cooperativa, valutando pertanto se la società sia tenuta ad adempiere agli obblighi contributivi mediante il computo sulla base dell'importo versato o sia tenuta comunque a rispettare il minimale contributivo.

2.4. La responsabilità contrattuale della P.A.

In tema di responsabilità della P.A. **Sez. L, n. 23114/2019, Ghinoy, Rv. 655057-01**, ha chiarito che l'INPS risponde delle erronee comunicazioni della posizione contributiva rese all'assicurato, a seguito di specifica domanda di quest'ultimo, a titolo

di responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c., potendo tuttavia il giudice limitare il risarcimento dovuto nell'ipotesi in cui l'assicurato medesimo - non essendosi attivato per interrompere il processo produttivo dell'evento dannoso, così rassegnando le proprie dimissioni malgrado l'evidente erroneità, riscontrabile sulla base dell'ordinaria diligenza, dei dati contributivi a lui comunicati - abbia concorso al verificarsi del predetto evento, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c. Nella specie, la S.C. ha ritenuto che l'omesso controllo, ad opera dell'interessato, dei dati forniti dall'INPS non potesse ritenersi di per sé solo causa del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., ed escludere la responsabilità dell'Istituto, in quanto la sussistenza di un obbligo di informazione dell'ente pubblico ed il legittimo affidamento dell'assicurato in ordine all'esattezza dei dati comunicatigli dalla pubblica amministrazione determinano l'applicazione del principio dell'equivalenza delle condizioni *ex art.* 41, comma 1, c.p.

Invero la Corte nella decisione di cui innanzi, richiamando diversi precedenti di legittimità, muove dall'assunto secondo cui la responsabilità della P.A., in caso di erronee comunicazioni circa la posizione contributiva rese su domanda dell'interessato, ha natura contrattuale in "quanto ha origine legale ed attiene al rapporto intercorrente tra le parti, con conseguente applicabilità dell'art. 1218 c.c., il quale pone espressamente a carico del debitore la prova liberatoria che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile."

Da tale premessa ricostruisce gli obblighi gravanti in siffatta evenienza sull'assicurato ed individua la portata della responsabilità della P.A. evidenziando che anche a fronte di un mancato intervento del soggetto assicurato, grava sull'ente un obbligo di informazione dal quale discende il legittimo affidamento in merito all'esattezza dei dati fornitigli.

3. I benefici previdenziali.

Sez. L, n. 11708/2019, Ghinoy, Rv. 653831-01, ha avuto il pregio di chiarire che in tema di benefici previdenziali a favore dei perseguitati per motivi razziali, il riferimento alla "retribuzione attuale della categoria e qualifica professionale posseduta dagli interessati nei periodi di persecuzione", contenuto nell'art. 1 della l. n. 1424 del 1965, di interpretazione autentica dell'art. 5 della l. n. 96 del 1955 (come modificato dall'art. 3 della l. n. 284 del 1961) ha la finalità di imporre all'ente previdenziale un comportamento analogo a quello che avrebbe dovuto osservare qualora, nel periodo di persecuzione, i contributi fossero stati effettivamente versati e costituisce dunque la base di computo della contribuzione relativa al periodo di copertura figurativa, ma non anche il parametro di calcolo dell'importo del

trattamento pensionistico, che deve essere sempre effettuato in applicazione delle regole di volta in volta dettate per la sua determinazione al momento del collocamento in quiescenza. Nella fattispecie al vaglio della S.C., per determinare l'importo della pensione di vecchiaia spettante a un perseguitato con decorrenza dal 1° luglio 1978, era stato utilizzato il parametro retributivo previsto per il calcolo della contribuzione figurativa in luogo del criterio, fissato dall'art. 14 della l. n. 153 del 1969 e in vigore all'atto del pensionamento, delle migliori tre retribuzioni annuali percepite nel decennio anteriore alla decorrenza della pensione.

In tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto, **Sez. 6-L, n. 27872/2019, Rivero, Rv. 655552-01, ha specificato che** la salvaguardia del regime più favorevole di cui all'art. 13 della l. n. 257 del 1992, previsto dall'art. 3, comma 132, della l. n. 350 del 2003 per i lavoratori che alla data del 2 ottobre 2003 avevano avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL, deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui, su domanda antecedente la data suindicata, vi sia stato un primo parziale riconoscimento dell'esposizione da parte dell'INAIL ed il lavoratore presenti successiva domanda di riesame o agisca in giudizio per ottenere un ampliamento del periodo di esposizione riconosciuto in sede amministrativa.

4. Esenzioni ed agevolazioni contributive.

Sez. 6-L, n. 08495/2019, Cavallaro, Rv. 653390-01, ha affermato il principio, successivamente ribadito da **Sez. L, n. 21531/2019, Ghinoy, Rv. 655008-01,** in forza del quale la domanda di restituzione dei contributi versati sulle retribuzioni corrisposte agli operai agricoli occupati alle dipendenze delle imprese e dei datori di lavoro aventi sede ed operanti nei comuni montani, in virtù dell'esenzione contributiva *ex* art. 8 della l. n. 991 del 1952, deve ritenersi sprovvista di base normativa per effetto della sentenza della Corte cost. n. 182 del 2018, che ha affermato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 del d.lgs. n. 179 del 2009 nella parte in cui aveva dichiarato la permanenza in vigore della predetta disposizione.

Sez. 5, n. 01127/2019, Castorina, Rv. 652513-01, in tema di agevolazioni contributive di cui all'art. 4 della l. n. 350 del 2003, ha inoltre chiarito che il contribuente che abbia ottemperato integralmente al pagamento dell'obbligazione tributaria ha diritto ad ottenere la restituzione di quanto versato in eccesso sia perché, sotto il profilo testuale, la locuzione "regolarizzare la propria posizione", contenuta nella disposizione di cui innanzi, è riferibile anche all'ipotesi in cui il contribuente abbia provveduto al versamento, sia perché, sotto il profilo logico-sistematico, l'unitarietà dell'agevolazione rende irragionevole *ex* art. 3 Cost. ritenere esclusi quanti abbiano già pagato.

Sez. L, n. 11492/2019, Fernandes, Rv. 653745-01, in tema di esenzione contributiva prevista in favore delle associazioni sportive dilettantistiche, ha affermato che essa dipende non solo dall'elemento formale della veste giuridica assunta, ma anche dall'effettivo svolgimento di attività senza fine di lucro, il cui onere probatorio incombe sull'interessato e non può ritenersi soddisfatto dal dato, del tutto estrinseco e neutrale, del riconoscimento da parte del CONI.

5. L'incremento occupazionale e gli incentivi all'assunzione.

In tema di diritti alle agevolazioni contributive di cui all'art. 8, comma 4, della l. n. 223 del 1991 **Sez. L, n. 11935/2019, Berrino, Rv. 653748-01**, nel ribadire che essi spettano ai datori di lavoro che assumono, senza esservi obbligati, lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, ha escluso che spettino a quelli tenuti per legge all'assunzione, come nell'ipotesi di cui all'art. 2112 c.c.; sicché tali benefici non sono dovuti in caso di società, appartenenti al medesimo gruppo familiare e con un'unica direzione, che pongono in essere frequenti scambi di personale in correlazione con cessioni di azienda o di rami della stessa, o in dipendenza di ipotesi di subappalto, essendo unico il centro di imputazione dei rapporti ed organizzazione, salvo che la società richiedente dimostri gli elementi di novità della nuova struttura rispetto alla pregressa e l'autonomia della funzione produttiva.

Sez. L, Ghinoy, n. 27503/2019, Rv. 655585-01, ha chiarito che il riconoscimento dei benefici contributivi di cui all'art. 5 della l. n. 608 del 1996 presuppone l'applicazione da parte dell'impresa, ai propri dipendenti, dei contratti collettivi nazionali vigenti per il settore di appartenenza e corrispondente all'attività concretamente svolta dall'azienda, ovvero del contratto collettivo previsto per un diverso settore in concreto applicato, se più vantaggioso per i lavoratori rispetto a quello che sarebbe applicabile in base all'inquadramento dell'azienda. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la pronuncia di merito che, nel rigettare l'opposizione proposta da un'azienda tessile avverso la cartella esattoriale emessa a seguito del disconoscimento delle condizioni per il riallineamento contributivo di cui all'art. 5 della l. n. 608 del 1996, aveva omesso di accertare quale, tra i diversi contratti collettivi afferenti al settore, fosse applicabile al caso di specie, limitandosi ad un generico riferimento al contratto collettivo "per l'attività tessile").

Sez. L, n. 21469/2019, Mancino, Rv. 654813-01, ha ribadito che l'impresa cessionaria dei beni aziendali della cedente che ha proceduto ai licenziamenti può essere ammessa a fruire dei benefici contributivi previsti dall'art. 8, comma 4, della l. n. 223 del 1991, perché - non essendo la "medesima azienda" che ha operato la riduzione di personale - non rientra fra le imprese tenute a riassumere ai sensi dell'art. 15 della l. n. 264 del 1949, a meno che, anche in base ad elementi indiziari, debba

escludersi che la cessionaria configuri una realtà produttiva nuova ed autentica, emergendo piuttosto il carattere fittizio dell'operazione, preordinata esclusivamente a fruire indebitamente delle agevolazioni. Nella fattispecie al vaglio della S.C. la "novità" del contesto aziendale è stata correttamente desunta dalla diversità della produzione e della clientela, dalla cessione solo parziale dei macchinari, dalla diversa configurazione del luogo di lavoro, che, per quanto immutato, era diventato solo un sito produttivo, non essendo il capannone di proprietà della cedente.

Sez. L, n. 26027/2019, Berrino, Rv. 655394-01, relativamente ai contratti di riallineamento retributivo ha chiarito che il riconoscimento dei benefici derivanti dall'applicazione della normativa che li riguarda, di cui all'art. 5 del d.l. n. 510 del 1996, conv., con modif., dalla l. n. 608 del 1996, è subordinato al rispetto del termine di un anno dalla decisione assunta dalla Commissione delle Comunità europee sul regime degli aiuti di Stato n. 236/A/2000 del 17 ottobre 2000, ai sensi dell'art. 116, comma 1, della l. n. 388 del 2000, con conseguente indebita fruizione degli sgravi in base a rimodulazioni di programmi di riallineamento intervenute in epoca successiva al 17 ottobre 2001.

La decisione di cui innanzi ha, quindi, evidenziato che con l'introduzione dell'art. 116, comma 1, della l. n. 388 del 2000 si è trattato di stabilire una disciplina di favore per consentire l'emersione del lavoro irregolare rivolta ai datori di lavoro che abbiano aderito ad un accordo di riallineamento nel termine di un anno dalla decisione della Commissione delle Comunità Europee per la durata del programma di riallineamento e, comunque, per non più di cinque anni, con condizioni, anche temporali, e requisiti per fruire dello sgravio contributivo.

Peraltro **Sez. L, n. 30868/2019, Mancino, Rv. 655885-01**, ha precisato, in merito al potere di variazione degli accordi di riallineamento retributivo, che esso, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d.l. n. 510 del 1996, conv. dalla l. n. 608 del 1996, può essere esercitato una sola volta, nel rispetto dei limiti temporali, oggettivi e soggettivi previsti dalle norme di riferimento.

6. Gli sgravi contributivi.

Sez. L, n. 03182/2019, Bellè, Rv. 652878-01, allineandosi a Sez. L, n. 10638/2017, Calafiore, Rv. 644221-01, in materia di sgravi contributivi, ha ribadito che l'art. 3, comma 6, della l. n. 448 del 1998, nel prevedere le condizioni di applicabilità delle agevolazioni di cui al comma 5 e nel precisarne l'ambito applicativo, richiede espressamente, alla lett. h), che siano rispettate le prescrizioni sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori di cui al d.lgs. n. 626 del 1994 e successive modificazioni ed integrazioni. Ne consegue che l'ambito normativo coperto dal citato d.lgs. coincide con tutte le misure preventive che garantiscono la sicurezza e la salute del

lavoratore, ivi comprese quelle previste dagli specifici regolamenti di settore, mentre non è necessario alcun giudizio di sufficiente gravità della violazione delle richiamate disposizioni. Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva accolto l'opposizione a cartella di pagamento emessa a seguito della decadenza dagli sgravi contributivi disposta dall'INPS per l'omessa comunicazione all'Ispettorato del lavoro del nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, trattandosi di incombente diretto a rendere effettiva la tutela della incolumità della salute sui posti di lavoro.

Con specifico riferimento alle imprese che espletano attività di fornitura di lavoro temporaneo per l'esecuzione delle operazioni e dei servizi portuali, di cui all'art. 17, comma 2, della l. n. 84 del 1994, **Sez. L, n. 04432/2019, Calafiore, Rv. 652915-01**, ha statuito che esse non sono sottratte al regime della concorrenza di mercato agli effetti del recupero degli sgravi contributivi concessi su contratti di formazione e lavoro, integranti aiuti di Stato incompatibili col mercato comune.

7. Accertamento e riscossione.

Sez. L, n. 11934/2019, Berrino, Rv. 653747-01, ha chiarito che i funzionari ispettivi dell'Inps, a norma dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 463 del 1983, conv. dalla l. n. 638 del 1983, hanno pieni poteri di verifica sui rapporti di lavoro, al fine di acquisire notizie attinenti alla loro sussistenza, alle retribuzioni, agli adempimenti contributivi e assicurativi e alla erogazione delle prestazioni a carico dell'istituto di previdenza, eccezion fatta per la contestazione delle contravvenzioni, dovendosi escludere una competenza esclusiva degli ispettori del lavoro.

Sez. L, n. 24774/2019, Marchese, Rv. 655313-01, ha invece individuato quale sia il valore probatorio da attribuire alla definizione concordata della lite fiscale, prevista dall'art. 39, comma 12, del d.l. n. 98 del 2011 e dall'art. 16 della l. n. 289 del 2002. E' stato quindi affermato che essa ha natura deflattiva delle liti e non incide in alcun modo sul contenuto e la portata presuntiva dell'atto di accertamento dell'Agenzia delle entrate che conserva intatta la sua efficacia ai fini extrafiscali del calcolo dei contributi Inps a percentuale sul maggior reddito. Sicché il consolidamento e la definitività dell'accertamento ai fini contributivi possono essere impediti solo dalla resistenza dell'obbligato, e dunque dall'offerta di prove di segno contrario, e che in assenza di contestazione i fatti, oggetto dell'accertamento, devono ritenersi definitivi, con ogni consequenziale riflesso sull'obbligazione contributiva.

Sez. L, 28742/2019, Berrino, Rv. 655698-01 ha precisato che, in presenza di debiti per omissioni contributive afferenti a diverse annualità, trova applicazione, con riguardo ai pagamenti successivi, il principio generale posto dall'art. 1193, comma 2, c.c., secondo cui - in caso di più debiti scaduti che siano ugualmente garantiti per il

creditore e parimenti onerosi per il debitore - il pagamento va imputato al debito più antico.

Sez. L, n. 18278/2019, D'Antonio, Rv. 654485-01, sempre in materia ma con specifico riferimento all'ipotesi di appalto posto in essere in violazione delle disposizioni di cui all'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003, ha affermato che i pagamenti a titolo contributivo effettuati dall'appaltatore valgono a liberare il committente fino a concorrenza delle somme versate, così come dispone il comma 3 bis del predetto articolo, che rinvia al precedente art. 27, comma 2, dando applicazione alla regola generale di cui all'art. 1180 c.c., che impone la verifica in concreto dell'avvenuta o meno integrale soddisfazione delle pretese contributive formulate dagli enti previdenziali.

In materia di riscossione dei crediti previdenziali, **Sez. 6-L, n. 06723/2019, Ghinoy, Rv. 653174-01**, allineandosi a quanto in precedenza statuito da Sez. 3, n. 22946/2016, Rubino, Rv. 642975-01, ha ribadito che qualora la cartella di pagamento sia stata regolarmente notificata, è inammissibile per carenza d'interesse ad agire l'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c., proposta avverso l'estratto di ruolo contributivo e diretta a far valere fatti estintivi sopravvenuti (nella specie, la prescrizione del credito), difettando una minaccia attuale di atti esecutivi ed essendo ben possibile che intervenga l'eliminazione del credito in via di autotutela mediante sgravio della pretesa contributiva.

Sez. 6-L, n. 05443/2019, Doronzo, Rv. 652925-01, sempre in materia, ha affermato che l'estratto di ruolo non è autonomamente impugnabile, in quanto atto interno all'amministrazione ed improduttivo di effetti nella sfera del destinatario, il quale ha l'onere di impugnare la cartella cui esso si riferisce, con le forme e nei termini di legge. Tale principio peraltro, è stato chiarito sempre dalla decisione di cui innanzi, non si pone in contrasto con quello secondo cui il contribuente può far valere immediatamente le sue ragioni avverso la cartella esattoriale non notificata o invalidamente notificata, della cui esistenza sia venuto a conoscenza solo attraverso un estratto di ruolo rilasciato su sua richiesta, trattandosi - in quest'ultimo caso - di tutela anticipatoria giustificata dall'esigenza di recuperare gli strumenti di impugnazione avverso la cartella esattoriale non utilmente attivabili in precedenza a causa della assenza o invalidità della notifica.

Sez. L, n. 29294/2019, Calafiore, Rv. 655707-01, ha avuto il pregio di chiarire che l'impugnazione dell'estratto del ruolo è ammissibile ove il contribuente deduca la mancata o invalida notifica della cartella, in funzione recuperatoria della tutela prevista dall'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, ovvero intenda far valere eventi estintivi del credito maturati successivamente alla notifica della cartella, in tal caso prospettando - sul piano dell'interesse ad agire - uno stato oggettivo di incertezza sull'esistenza del diritto (anche non preesistente al processo), non superabile se non

con l'intervento del giudice. Nella fattispecie al vaglio della S.C. l'interesse ad agire è stato quindi ravvisato nella contestazione da parte dell'ente previdenziale dell'avvenuta prescrizione del credito in epoca successiva alla notifica della cartella.

Sez. 6-L, n. 08423/2019, Esposito, Rv. 653388-01, ha affermato, poi, che il preavviso di iscrizione ipotecaria emesso sulla base di cartelle di pagamento relative a crediti per contributi previdenziali è correttamente motivato mediante il richiamo agli atti presupposti, che, in quanto già destinati alla stessa parte, sono da questa conosciuti o conoscibili e non necessitano perciò di allegazione all'atto impugnato.

Sez. 6-L, n. 12025/2019, Rivero, Rv. 653765-01, sempre in tema di riscossione di contributi e premi assicurativi, ha invece specificato che il giudice dell'opposizione alla cartella esattoriale che ritenga illegittima l'iscrizione a ruolo non può limitarsi a dichiarare tale illegittimità, ma deve esaminare nel merito la fondatezza della domanda di pagamento dell'istituto previdenziale, valendo gli stessi principi che governano l'opposizione a decreto ingiuntivo; ne consegue che, ove la cartella consegua ad un accertamento già impugnato davanti all'autorità giudiziaria, non sussiste un interesse concreto e attuale della parte a far valere l'illegittimità dell'iscrizione per difetto di un provvedimento giudiziale esecutivo sull'impugnazione dell'accertamento, *ex* art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 46 del 1999, senza neppure dedurre che la cartella emessa è stata azionata in via esecutiva, giacché un'eventuale pronuncia sul punto non comporterebbe per la parte alcun risultato giuridicamente apprezzabile.

Sotto il diverso profilo della decadenza dal potere di iscrizione a ruolo dei crediti contributivi, **Sez. L, n. 27726/2019, Mancino, Rv. 655601-01**, ha specificato che ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 46 del 1999, la previsione di cui all'art. 38, comma 12, del d.l. n. 78 del 2010, conv. dalla l. n. 122 del 2010 - stabilendo che le disposizioni contenute nel citato art. 25 non si applicano, limitatamente al periodo compreso tra l'1 gennaio 2010 e il 31 dicembre 2012, ai contributi non versati e agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2004 dall'ente creditore - incide anche sulle decadenze già verificatesi nell'arco temporale compreso tra il primo gennaio 2004 ed il primo gennaio 2010, avuto riguardo alla natura meramente processuale del potere di iscrizione a ruolo ed all'inesistenza di effetti estintivi dell'obbligo contributivo determinati dal verificarsi della decadenza in questione. (Nella specie, la S.C. ha riformato la decisione di merito che aveva ritenuto la decadenza dell'INPS in ordine alla contribuzione accertata in sede ispettiva nell'anno 2007 ed iscritta a ruolo nell'anno 2008).

Sez. 6-L, n. 04806/2019, Calafiore, Rv. 652891-01, ha inoltre ribadito che in tema di omissioni contributive, l'ente previdenziale (nella specie l'INAIL) ancorché abbia già ottenuto un titolo esecutivo giudiziale, può esperire la procedura di riscossione mediante iscrizione a ruolo ed emanazione della relativa cartella

esattoriale *ex* d.lgs. n. 46 del 1999, in quanto nessuna norma impedisce tale scelta, né contempla sanzioni sul piano della validità della cartella esattoriale, senza che assuma rilievo il principio del *ne bis in idem*, non implicando il ricorso alla procedura citata la richiesta di un nuovo accertamento della pretesa creditoria.

Sez. L, n. 16307/2019, Ghinoy, Rv. 654237-01, con specifico riferimento alla decadenza dal potere di iscrizione a ruolo dei crediti contributivi ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 46 del 1999, ha ribadito che la previsione di cui all'art. 38, comma 12, del d.l. n. 78 del 2010, conv. in l. n. 122 del 2010 - stabilendo che le disposizioni contenute nel citato art. 25 non si applicano, limitatamente al periodo compreso tra l'1 gennaio 2010 e il 31 dicembre 2012, ai contributi non versati e agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2004 dall'ente creditore - si pone in chiave di raccordo temporale con le precedenti proroghe cosicché, utilizzando il meccanismo della sospensione di efficacia per un triennio dell'applicazione della regola della decadenza, consente il recupero coattivo di crediti non compresi nelle proroghe operative sino alla data suddetta.

Interessanti pronunce hanno poi riguardato profili squisitamente processuali.

Sez. L, n. 11335/2019, Esposito, Rv. 653462-01, ha ribadito che la scadenza del termine perentorio per proporre opposizione a cartella di pagamento di cui all'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 46 del 1999, pur determinando la decadenza dalla possibilità di proporre impugnazione, produce soltanto l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito contributivo senza determinare anche la cd. "conversione" del termine di prescrizione breve (nella specie, quinquennale, secondo l'art. 3, commi 9 e 10, della l. n. 335 del 1995) in quello ordinario (decennale), ai sensi dell'art. 2953 c.c., restando irrilevante sia il subentro dell'Agenzia delle entrate quale nuovo concessionario, sia il fatto che l'art. 20, comma 6, del d.lgs. n. 112 del 1999 preveda un termine di prescrizione decennale per la riscossione, atteso che detto termine concerne il procedimento amministrativo per il rimborso delle quote inesigibili e non interferisce con lo specifico termine previsto per azionare il credito.

Con particolare riferimento alla iscrizione a ruolo dei crediti degli enti previdenziali per omesso versamento di contributi *a percentuale*, **Sez. L, n. 21541/2019, Calafiore, Rv. 654816-01**, ha precisato che il maggior reddito accertato dall'Agenzia delle Entrate in sede di verifica assume valore presuntivo suscettibile di divenire definitivo in mancanza di contestazione da parte dell'interessato, a nulla rilevando l'accettazione del condono tributario *ex* art. 39, comma 12, del d.l. n. 98 del 2011, conv. con modif. dalla l. n. 111 del 2011, avente natura deflattiva esclusivamente del contenzioso fiscale.

Sez. L, n. 16425/2019, Mancino, Rv. 654476-01, ha infine affermato sempre in tema di riscossione dei contributi previdenziali mediante iscrizione a ruolo, che nel giudizio proposto dal debitore con le forme dell'opposizione all'esecuzione per

l'accertamento negativo del credito risultante dall'estratto di ruolo, lamentando la mancata notifica della cartella esattoriale o dell'avviso di addebito senza tuttavia far valere vizi dell'azione esecutiva, non è configurabile un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra l'ente creditore e il concessionario del servizio di riscossione, dovendosi attribuire alla chiamata in causa del concessionario prevista dall'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 46 del 1999, il valore di una mera *litis denuntiatio*, intesa a rendere nota la pendenza della controversia ed estendere gli effetti del futuro giudicato; né trova applicazione l'art. 39 del d.lgs. n. 112 del 1999, trattandosi di norma eccezionale che prevede a carico del concessionario l'onere di chiamare in causa l'ente creditore solo quando si discuta di vizi formali degli atti esecutivi e, al contempo, del merito della pretesa creditoria. (Nella specie, relativa ad una ipotesi in cui il debitore, ottenuto il rilascio dell'estratto di ruolo dall'agente della riscossione, aveva evocato in giudizio solo quest'ultimo e aveva chiesto dichiararsi l'avvenuta prescrizione della pretesa contributiva dell'ente previdenziale, senza lamentare l'invalidità di alcun atto esecutivo, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda per difetto di legittimazione passiva, senza ravvisare la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dell'ente)

In materia si segnala altresì **Sez. L. n. 31704/2019, Cavallaro, Rv. 656000-01**, in tema di riparto dell'onere della prova nel giudizio di opposizione a cartella esattoriale avente ad oggetto crediti contributivi, secondo cui il principio per cui la mancata contestazione del fatto costitutivo del diritto ne rende inutile la prova siccome non più controverso, trova applicazione solo quando la parte opponente, attrice in senso formale ma convenuta in senso sostanziale, non prenda posizione in maniera precisa, rispetto ai fatti allegati nella memoria di costituzione dell'ente previdenziale, nella prima difesa utile, e cioè nell'udienza di cui all'art. 420 c.p.c., in quanto, attribuendo analoga efficacia di allegazione ai fatti contenuti in atti extraprocessuali (quale la cartella esattoriale), verrebbe interrotta la circolarità, necessariamente endoprocessuale, tra oneri di allegazione, di contestazione e di prova di cui al combinato disposto degli artt. 414, n.n. 4 e 5, e 416 c.p.c..

Sez. L. n. 09269/2019, Fernandes, Rv. 653453-01, ha inoltre affermato che la sospensione della prescrizione prevista dall'art. 38, comma 7, della l. n. 289 del 2002 non può essere estesa ai casi di omissione contributiva accertata a seguito di accertamento ispettivo, ma opera limitatamente ai contributi dovuti per l'anno 1998, quali risultanti dall'estratto contributivo inviato a ogni assicurato ai sensi dell'art. 1, comma 6, della l. n. 335 del 1995; detta sospensione concerne infatti il termine connesso alla denuncia che il lavoratore destinatario dell'estratto può presentare allo scopo di raddoppiare i termini prescrizionali di cui all'art. 3, comma 9, della l. n. 335 del 1995 ed è stata introdotta per ovviare agli inconvenienti derivanti dai ritardi nell'accredito della contribuzione per l'anno 1998, a seguito dell'istituzione

dell'obbligo di presentazione, per opera dell'art. 4 del d.lgs. n. 241 del 1997, della dichiarazione unica modello 770 anche ai fini dei contributi dovuti all'Inps e dei premi dovuti all' INAIL.

Sempre sotto un profilo processuale è stato chiarito da **Sez. 6-L, n. 14135/2019, Esposito, Rv. 654016-01**, che l'eccezione di prescrizione deve sempre fondarsi su fatti allegati dalla parte e che il debitore che la solleva ha l'onere di allegare e provare il fatto che, permettendo l'esercizio del diritto, determina l'inizio della decorrenza del termine, ai sensi dell'art. 2935 c.c., restando escluso che il giudice possa accogliere l'eccezione sulla base di un fatto diverso. In applicazione del principio, la S.C. ha quindi confermato la decisione della corte territoriale che, pronunciandosi su opposizione avverso ruolo esattoriale per crediti previdenziali fondata sulla prescrizione maturata prima della notifica delle cartelle, non aveva valutato l'eventuale prescrizione maturata in epoca successiva alla notifica delle cartelle medesime.

Infine, secondo **Sez. L, n. 17705/2019, Curcio, Rv. 654478-01**, in caso di somministrazione irregolare, la previsione di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 276 del 2003 (*ratione temporis* applicabile), secondo cui legittimato a far valere l'illegittimità della somministrazione è il solo lavoratore somministrato, non preclude agli enti previdenziali o assicurativi di agire nei confronti dell'effettivo utilizzatore della manodopera, per l'accertamento della sussistenza dei presupposti delle obbligazioni contributive gravanti in capo a quest'ultimo.

8. Le sanzioni civili e la rendita vitalizia.

Alcune decisioni hanno riguardato la disciplina delle sanzioni civili, tra queste **Sez. L, n. 12533/2019, Mancino, Rv. 653759-01**, ha affermato che tra omissione contributiva e somme aggiuntive - che hanno natura di sanzioni civili - vi è un vincolo di dipendenza funzionale, contrassegnato dall'automatismo della sanzione rispetto all'omissione, sì che le somme aggiuntive in questione rimangono continuativamente collegate in via giuridica al debito contributivo; ne consegue che l'automaticità funzionale, legalmente predeterminata, della sanzione civile rispetto all'obbligazione contributiva, esclude non solo la rilevanza dell'elemento soggettivo, ma anche l'idoneità del provvedimento giudiziale sospensivo della cartella ad impedire il maturare delle predette somme aggiuntive.

In questo senso si pone altresì **Sez. L, n. 31945/2019, De Marinis, Rv. 656004-01**, la quale si allinea al consolidato orientamento di cui a Sez. L, 02620/2012, La Terza, Rv. 621124-01, secondo cui il credito per sanzioni civili, che trae origine da una obbligazione accessoria *ex lege*, ha pur nella sua accessorietà, la stessa natura giuridica della obbligazione principale e deve essere assoggettato al medesimo regime

prescrizionale; in particolare, con riferimento alle omissioni ed evasioni contributive, la prescrizione del credito per sanzioni civili è la medesima dei contributi cui esse ineriscono.

Sez. L, n. 13013/2019, Berrino, Rv. 653956-01, ha inoltre specificato che l'accertamento della natura fittizia del rapporto con il datore di lavoro interposto, da cui discende il potere dell'ente previdenziale di applicare le relative sanzioni, costituisce oggetto di questione pregiudiziale, di cui il giudice può conoscere in via incidentale, senza che sia necessaria la previa azione del prestatore di lavoro, volta all'accertamento dell'interposizione fittizia e alla costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

In tema di rendita vitalizia, **Sez. L, 14416/2019, Fernandes, Rv. 653978-01**, ha affermato che il principio secondo cui la sua costituzione ai sensi dell'art. 13 della l. 12 agosto 1962 n. 1338 in caso di omesso versamento dei contributi assicurativi presuppone in ogni caso che sia provata con documenti di data certa almeno l'esistenza del rapporto di lavoro, essendo possibile provare con mezzi diversi soltanto la durata del rapporto medesimo e l'ammontare della retribuzione, non trova deroga nel caso in cui l'esistenza del rapporto di lavoro abbia costituito oggetto di un precedente giudizio e risulti accertata mediante prove testimoniali, ancorché su ciò si sia formato il giudicato, restando quest'ultimo positivamente incidente solo nell'ipotesi in cui abbia ad oggetto proprio la natura di documentazione di data certa di una determinata prova.

Pertanto sempre in materia, **Sez. L, n. 13202/2019, Calafiore, Rv. 653836-01**, ha affermato che in caso di omesso versamento dei contributi assicurativi da parte del datore di lavoro e di avvenuta prescrizione dei medesimi, la necessità della prova scritta ai fini della costituzione della rendita vitalizia, prevista dall'art. 13, commi 4 e 5, della l. n. 1338 del 1962, riguarda non solo l'esistenza del rapporto di lavoro, ma anche la sua qualificazione in termini di subordinazione, senza che sia sufficiente allo scopo la prova per presunzioni. Sicché in applicazione del principio di cui innanzi, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, ai fini dell'attribuzione della rendita vitalizia, aveva ritenuto inidonea a provare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, la produzione delle scritture contabili della società datrice di lavoro, redatte dalla stessa lavoratrice, e una dichiarazione postuma dell'amministratrice della società.

9. La prescrizione dei crediti contributivi.

Sez. L, n. 02432/2019, Rivero, Rv. 652568-01, ha affermato che in tema di contributi agricoli il termine di prescrizione non decorre dalla data di presentazione delle denunce periodiche della manodopera da parte del datore, ma dalla scadenza

del termine fissato per legge per il pagamento degli stessi, dal momento che, per il *favor debitoris* costituente la *ratio* di tali previsioni, l'INPS non può esigere il pagamento prima della scadenza e, di conseguenza, non può decorrere la prescrizione, secondo il criterio generale di cui all'art. 2935 c.c.

Sez. L, n. 03661/2019, Calafiore, Rv. 652896-01, in relazione al disposto di cui all'art. 55 del r.d.l. n. 1827 del 1935, ha ribadito, in continuità con quanto statuito da Sez. L. n. 07104/1992, Senese, Rv. 477637-01, che la interruzione della prescrizione dei contributi di assicurazione obbligatoria (il cui decorso preclude la possibilità di effettuare versamenti a regolarizzazione dei contributi arretrati) si verifica solo per effetto degli atti, indicati dall'art. 2943 c.c., posti in essere dall'INPS (titolare del relativo diritto di credito) e non quando anche uno di tali atti sia posto in essere dal lavoratore, come nell'ipotesi di azione giudiziaria da questi proposta nei confronti del datore di lavoro.

Sez. L, n. 19403/2019, Spena, Rv. 654526-01, ha inoltre ribadito, in continuità con Sez. L, Bellè, n. 27950/2018, 651360-01, che la prescrizione dei contributi dovuti alla gestione separata decorre dal momento in cui scadono i termini per il pagamento dei predetti contributi e non dalla data di presentazione della dichiarazione dei redditi ad opera del titolare della posizione assicurativa, in quanto la dichiarazione in questione, quale esternazione di scienza, non costituisce presupposto del credito contributivo.

Infine, in materia di indennità di mobilità **Sez. L, n. 25592/2019, Mancino, Rv. 655135-01**, ha evidenziato che gli oneri previsti dall'art. 5, comma 4, della l. n. 223 del 1991, qualificati "contributi" dall'art. 3, comma 3, della stessa legge e dovuti, in base al principio di automaticità delle prestazioni, anche nel caso in cui il datore di lavoro non corrisponda le somme a suo carico, hanno natura contributiva, con conseguente applicazione del termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 3 della l. n. 335 del 1995.

CAPITOLO XXII

LE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E ASSISTENZIALI

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Le prestazioni previdenziali a carico dell'INPS - 1.1. La decadenza dall'azione giudiziaria - 1.2. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa - 1.3. Le prestazioni pensionistiche - 1.4. La C.I.G. e l'indennità di mobilità - 1.5. L'indennità di disoccupazione - 1.6. L'indennità di maternità e l'assegno per il nucleo familiare - 2. Le prestazioni assistenziali: danni da trattamenti sanitari - 2.1. Danni post-trasfusionali - 2.2. Danni irreversibili da vaccinazioni - 2.3. Le prestazioni di invalidità civile - 2.4. L'indennità di accompagnamento - 2.5. Profili processuali - 2.6. Le prestazioni in favore delle vittime della criminalità organizzata e degli *ex* combattenti - 2.7. Le misure in favore dei soggetti portatori di disabilità - 2.8. Le prestazioni in materia di igiene e sanità pubblica - 3. Le prestazioni in favore dei cittadini stranieri - 4. L'indebito previdenziale - 5. L'indebito assistenziale.

1. Le prestazioni previdenziali a carico dell'INPS.

Sull'argomento, come di consueto, si sono registrate numerose decisioni oggetto di massimazione che confermano la centralità della materia e la permanenza di questioni per le quali è necessario l'intervento nomofilattico della Suprema Corte, indispensabile anche per il susseguirsi della normativa, cui conseguono rilevanti problematiche di diritto intertemporale e l'esigenza di specificare la disciplina applicabile nelle controversie esaminate.

1.1. La decadenza dall'azione giudiziaria.

In ordine al regime intertemporale della disciplina della decadenza si deve ricordare **Sez. L, n. 31398/2019, Calafiore, Rv. 655892-01** con la quale è stato ribadito quanto già deciso in passato da Sez. 6-L, n. 01071/2015, Marotta, Rv. 634079-01 e da Sez. L, n. 06959/2012, Ianniello, Rv. 622511-01; secondo tali pronunce in tema di decadenza delle azioni giudiziarie volte ad ottenere la riliquidazione di una prestazione pensionistica parzialmente riconosciuta, la novella dell'art. 38, comma 1, lett. d), del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 - che prevede l'applicazione del termine decadenziale di cui all'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970, n. 639 anche alle azioni aventi ad oggetto l'adempimento di prestazioni riconosciute solo in parte o il pagamento di accessori del credito - detta una disciplina innovativa che, anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 69 del 2014, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 4, del predetto d.l. n. 98 del 2011, non trova applicazione ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, per i quali vale il generale principio dell'inapplicabilità del termine decadenziale.

Va inoltre segnalato un interessante arresto in tema di indennità di mobilità *ex* art. 7 della l. n. 223 del 1991 (norma oggi abrogata per effetto della l. n. 92 del 2012).

Sez. L, n. 11704/2019, Fernandes, Rv. 653830-01 ha deciso, in punto di decadenza e di individuazione del relativo termine di decorrenza, nel senso che l'indennità di mobilità di cui all'art. 7, comma 12, della l. n. 223 del 1991, costituisce un trattamento di disoccupazione, cui è applicabile il termine di decadenza previsto dall'art. 129, comma 5, del r.d.l. n. 1827 del 1935, di sessanta giorni dall'inizio della disoccupazione indennizzabile, e cioè dall'ottavo giorno successivo a quello della cessazione del rapporto di lavoro; ai fini della individuazione del "*dies a quo*" cui ancorare la decorrenza del termine decadenziale, grava sull'ente previdenziale interessato a far valere la decadenza, l'onere di dimostrare una diversa e anteriore data di conoscenza del licenziamento rispetto a quella ricavabile dalla domanda amministrativa.

La fattispecie ha riguardato il caso di un lavoratore già collocato in cassa integrazione a zero ore, per il quale era stata ritenuta tempestiva la domanda di indennità di mobilità da questi presentata lo stesso giorno della comunicazione, da parte del centro per l'impiego, del suo inserimento nelle liste di mobilità, senza che l'Inps avesse fornito la prova di una precedente conoscenza della cessazione del rapporto.

Si tratta di principio che, nella parte in cui stabilisce la necessità della domanda amministrativa, si consolida ulteriormente essendo stato più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità anche a S.U. (Sez. U, n. 17389/2002, Ravagnani, Rv. 559048-01; Sez. L, n. 07521/2017, Rivero, Rv. 643572-01).

1.2. L'anzianità contributiva e la contribuzione figurativa.

Sez. L, n. 23293/2019, Fernandes, Rv. 655058-01 ha affermato il principio per cui in tema di pensione di anzianità per gli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria, i contributi figurativi accreditati per il periodo in cui è stata corrisposta l'indennità di disoccupazione non si computano ai fini del perfezionamento del requisito dell'anzianità contributiva non inferiore a quaranta anni richiesto per l'accesso al trattamento in regime di totalizzazione, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 42 del 2006, in linea con il principio generale secondo cui i contributi validi ai fini del conseguimento della pensione sono solo quelli relativi all'effettivo rapporto di lavoro e non quelli figurativi, salvo espresse e specifiche eccezioni, fra le quali non rientra l'indennità di disoccupazione.

Si tratta di affermazione sostanzialmente inedita per quanto riguarda l'aspetto specifico della impossibilità del computo dei periodi per i quali è stata corrisposta l'indennità di disoccupazione avendo, in precedenza, la Corte affermato il contrario

principio con riguardo ai periodi di svolgimento di lavoro autonomo e, quindi, di versamento contributivo alle relative gestioni speciali (Sez. L, n. 22585/2008, La Terza, Rv. 604968-01), mentre era stata esclusa la possibilità del versamento di contributi volontari per coprire i periodi di contribuzione figurativa durante la fruizione dell'indennità di disoccupazione stante il divieto di cui all'art. 7 d.P.R. del 1971 n. 1432 (Sez. L, n. 21824/2004, Maiorano, Rv. 578064-01).

Con riferimento ai lavoratori socialmente utili, rileva quanto deciso da **Sez. L, n. 05744/2019, D'Antonio, Rv. 652894-01**, ovvero che la contribuzione figurativa a carico dell'INPS sussiste indipendentemente dalla iscrizione nelle liste di mobilità, come discende dall'interpretazione letterale del combinato disposto degli artt. 10, comma 3, del d.lgs. n. 81 del 2000, e 8, comma 19, del d.lgs. n. 468 del 1997, da cui deriva il riconoscimento della contribuzione figurativa per tutti i periodi d'impegno nelle attività socialmente utili, senza alcun limite temporale.

Si tratta di orientamento che si pone in termini di coerenza con quanto statuito nell'anno precedente in punto di rilevanza della contribuzione figurativa solo ai fini dell'accesso al trattamento pensionistico e non anche ai fini della misura dello stesso (Sez. L, n. 29942/2018, D'Antonio, Rv. 651674-01).

In tema di riscatto degli anni di laurea la Corte ha posto una significativa limitazione escludendo l'applicabilità dell'art. 51, comma 2, della l. n. 488 del 1999, ritenuta norma di carattere eccezionale, laddove si rivendichi il diritto di effettuare il versamento volontario relativamente a periodi per i quali il richiedente non avrebbe avuto comunque una tutela previdenziale.

Sez. L, n. 16828/2019, Berrino, Rv. 654244-01 ha dunque deciso che l'istituto del riscatto del corso legale di laurea ha lo scopo di consentire la copertura assicurativa di un periodo in cui l'interessato, essendosi dedicato allo studio, non ha potuto ottenere il versamento dei contributi assicurativi che avrebbe invece conseguito se avesse lavorato, con pregiudizio dell'anzianità assicurativa e contributiva; ne consegue che il riscatto non è consentito nei casi in cui, ove anche l'interessato avesse svolto attività lavorativa, non avrebbe comunque potuto provvedere al versamento dei contributi e avvalersi così del relativo periodo ai fini del futuro trattamento pensionistico, per inesistenza della tutela previdenziale. Né può, al riguardo, farsi luogo all'applicazione analogica dell'art. 51, comma 2, della l. n. 488 del 1999 - ai sensi del quale per i lavoratori iscritti alla gestione di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335 del 95 è prevista la facoltà di riscattare annualità di lavoro prestato attraverso rapporti di collaborazione coordinata e continuativa in periodi precedenti alla data di entrata in vigore dell'assoggettamento all'obbligo contributivo di cui a quest'ultima legge -, trattandosi di norma avente carattere eccezionale.

Nel caso di specie, sulla base del rilievo che la gestione obbligatoria - nella specie, quella "separata" - presso la quale si chiedeva di accreditare la contribuzione frutto

del riscatto era stata istituita con legge del mese di agosto del 1995, la Corte ha cassato la sentenza impugnata con la quale era stata accolta la domanda di riscatto degli anni del corso di laurea compresi tra il 1988 e il 1992, e, decidendo nel merito, ha rigettato la domanda.

Il principio di diritto affermato nella prima parte della massima è conforme a Sez. L, n. 18238/2002, La Terza, Rv. 559381-01.

Sez. L, n. 11708/2019, Ghinoy, Rv. 653831-01, in punto di rapporto tra accredito del contributo figurativo per i perseguitati per motivi razziali ed individuazione della base di calcolo del trattamento pensionistico, ha affermato che, il riferimento alla "*retribuzione attuale della categoria e qualifica professionale posseduta dagli interessati nei periodi di persecuzione*", contenuto nell'art. 1 della l. n. 1424 del 1965, di interpretazione autentica dell'art. 5 della l. n. 96 del 1955, come modificato dall'art. 3 della l. n. 284 del 1961, ha la finalità di imporre all'ente previdenziale un comportamento analogo a quello che avrebbe dovuto osservare qualora, nel periodo di persecuzione, i contributi fossero stati effettivamente versati e costituisce dunque la base di computo della contribuzione relativa al periodo di copertura figurativa, ma non anche il parametro di calcolo dell'importo del trattamento pensionistico, che deve essere sempre effettuato in applicazione delle regole di volta in volta dettate per la sua determinazione al momento del collocamento in quiescenza.

In particolare, la Corte ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che, per determinare l'importo della pensione di vecchiaia spettante a un perseguitato con decorrenza dal 1° luglio 1978, aveva utilizzato il parametro retributivo previsto per il calcolo della contribuzione figurativa in luogo del criterio, fissato dall'art. 14 della l. n. 153 del 1969 e in vigore all'atto del pensionamento, delle migliori tre retribuzioni annuali percepite nel decennio anteriore alla decorrenza della pensione.

In tema di rapporti tra assicurato ed INPS in merito alla posizione contributiva e di comunicazioni relative a tale condizione, assume rilievo quanto deciso da **Sez. L, n. 23114/2019, Ghinoy, Rv. 655057-01** con la quale è stato deciso che l'INPS risponde delle erronee comunicazioni della posizione contributiva rese all'assicurato, a seguito di specifica domanda di quest'ultimo, a titolo di responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*, potendo tuttavia il giudice limitare il risarcimento dovuto nell'ipotesi in cui l'assicurato medesimo - non essendosi attivato per interrompere il processo produttivo dell'evento dannoso, così rassegnando le proprie dimissioni malgrado l'evidente erroneità, riscontrabile sulla base dell'ordinaria diligenza, dei dati contributivi a lui comunicati - abbia concorso al verificarsi del predetto evento, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c..

In particolare, la Corte ha ritenuto che l'omesso controllo, ad opera dell'interessato, dei dati forniti dall'INPS non potesse ritenersi di per sé solo causa del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., ed escludere la responsabilità

dell'Istituto, in quanto la sussistenza di un obbligo di informazione dell'ente pubblico ed il legittimo affidamento dell'assicurato in ordine all'esattezza dei dati comunicatigli dalla pubblica amministrazione determinano l'applicazione del principio dell'equivalenza delle condizioni *ex art. 41, comma 1, c.p.*.

1.3. Le prestazioni pensionistiche.

In materia di assegno di inabilità di cui all'art. 1 della l. n. 222 del 1984, **Sez. L, n. 11185/2019, Ghinoy, Rv. 653742-01**, con riferimento al requisito sanitario, ha affermato che la l. n. 222 del 1984 ha adottato, come criterio di riferimento ai fini del conseguimento del diritto all'assegno ordinario di invalidità, non la riduzione della generica capacità lavorativa, secondo quanto previsto dalla l. n. 118 del 1971, per i mutilati ed invalidi civili, bensì la riduzione della capacità lavorativa in occupazioni confacenti alle attitudini dell'assicurato; ne consegue l'inidoneità del parametro relativo all'invalidità civile, costituito da un sistema di tabelle che individuano indici medi riferiti ad un'attività lavorativa generica, che possono essere presi in considerazione soltanto come semplice punto di partenza per un'indagine diretta ad accertare l'effettiva riduzione della capacità subita dall'assicurato in relazione all'attività svolta.

E' stata data così continuità al consolidato orientamento della Corte che ha più volte rimarcato come la l. n. 222 del 1984 abbia non solo il presupposto del rapporto assicurativo, assente nella disciplina dell'invalidità civile, ma anche un diverso presupposto, essendo fondata sulla riduzione della capacità di lavoro in occupazioni confacenti alle attitudini dell'assicurato in luogo della generica capacità lavorativa del soggetto (fra le molte Sez. L, n. 22737/2013, D'Antonio, Rv. 628008-01).

Nella stessa sentenza (**Sez. L, n. 11185/2019, Ghinoy, Rv. 653742-02**) si è altresì precisato che ai fini del diritto alle provvidenze previdenziali, la natura permanente della riduzione della capacità di lavoro non si identifica con la definitività e immutabilità dello stato invalidante, ma richiede che esso sia connaturato alla malattia in atto, o alle terapie che si rendono necessarie in ragione della stessa, per una proiezione di durata incerta e indeterminata, non prevedibile *ex ante*, o che comunque sia connotato da una certa perduranza significativa nel tempo, sì da determinare una reale situazione di bisogno.

In applicazione di tale principio, è stato escluso il diritto all'assegno di invalidità perché la patologia da cui era affetto il ricorrente - leucemia mieloide - e gli effetti collaterali della terapia somministrata erano in fase di remissione, tanto da determinare un'invalidità solo temporanea.

Con riferimento al requisito contributivo per il caso di ripristino dell'assegno ordinario di invalidità, **Sez. 6-L, n. 05477/2019, Doronzo, Rv. 652926-01** ha

affermato che nella decisione di ripristino dell'assegno ordinario di invalidità, revocato per mancata permanenza delle condizioni sanitarie di cui all'art. 1 della l. n. 222 del 1984, il giudice, qualora accolga solo parzialmente la domanda, con riconoscimento del diritto ad un nuovo assegno di invalidità, per essere sopraggiunto un nuovo stato invalidante nel corso del procedimento giudiziario, deve valutare l'esistenza del requisito contributivo cd. relativo, con riferimento al tempo della proposizione della domanda amministrativa di ripristino della prestazione e non in relazione al tempo della presentazione della originaria domanda.

Con ciò si è assicurata continuità al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità: Sez. 6-L, n. 11748/2015, Marotta, Rv. 635839-01 e Sez. L, n. 09388/2006, Nobile, Rv. 589848-01.

In merito all'assimilabilità, quanto agli effetti, dell'assegno di inabilità alla pensione **Sez. L, n. 23289/2019, Fernandes, Rv. 655018-01** ha affermato che, in tema di cumulo dei periodi assicurativi, ai fini della determinazione dell'importo dei trattamenti pensionistici, l'art. 16 della l. n. 233 del 1990, riferendosi testualmente ed esclusivamente alla "pensione", non è applicabile all'assegno d'invalidità di cui all'art. 1 della l. n. 222 del 1984, non essendo detta prestazione, per le sue intrinseche caratteristiche - temporaneità della corresponsione, che diviene definitiva solo dopo tre riconoscimenti consecutivi ed irreversibile se non trasformata in pensione di vecchiaia al raggiungimento dell'età e in presenza dei relativi requisiti di assicurazione e contribuzione -, assimilabile ad un trattamento pensionistico.

Si tratta, anche in questo caso di una decisione conforme ad altra precedente Sez. L, n. 09582/2014, Napoletano, Rv. 630715-01.

Sez. 6-L, n. 20829/2019, Doronzo, Rv. 654831-01 si è soffermata sui requisiti costitutivi della pensione di inabilità, con particolare riferimento a quelli di cui ai commi 2 e 5 della disposizione, decidendo che in materia di pensione di inabilità di cui all'art 2 della l. n. 222 del 1984, il requisito sanitario e quello contributivo integrano gli unici elementi costitutivi del diritto, mentre i fatti cui si riferiscono i commi 2 e 5 della medesima disposizione ne rappresentano semplici "*conditiones iuris*", incidenti sul contenuto e, quindi, sulla decorrenza della prestazione, sicché, verificata la sussistenza dei requisiti per l'insorgenza del diritto, ove l'INPS contesti l'esistenza dei suddetti fatti, il giudice che non giunga al relativo accertamento non può respingere la domanda di erogazione del trattamento, ma deve emettere sentenza di accoglimento, subordinando la decorrenza del beneficio al verificarsi dei fatti in condizione.

Si tratta di principio che non contraddice quanto deciso in Sez. 6-L, n. 22406/2015, Pagetta, Rv. 637791-01 e Sez. L, n. 00602/2002, Cuoco, Rv. 551687-01 che, sul punto, hanno affermato i medesimi principi individuando nel requisito

sanitario ed in quello contributivo i soli elementi costitutivi del diritto alla pensione di inabilità.

Circa le condizioni alle quali opera la conversione della pensione di inabilità in quella di vecchiaia, **Sez. L, n. 12163/2019, Calafiore, Rv. 653752-01** ha affermato che la conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia non opera automaticamente al compimento dei requisiti anagrafici e contributivi previsti per quest'ultima prestazione, essendo necessario che l'interessato presenti domanda di trasformazione.

Ne consegue che la decorrenza della pensione di vecchiaia, una volta proposta istanza per la conversione del trattamento previdenziale, deve individuarsi nel primo giorno del mese successivo a quello di presentazione dell'istanza medesima.

Anche in questo caso va segnalata la conformità a precedenti Sez. L, n. 03539/2015, Manna, Rv. 634593-01 e Sez. L, n. 24772/2009, Coletti De Cesare, Rv. 611022-01.

In tema di pensione di anzianità e di cumulabilità con i redditi da lavoro dipendente, **Sez. L, n. 14417/2019, Calafiore, Rv. 653979-01** ha deciso che la cumulabilità non esclude che la pensione di anzianità possa essere erogata solo se al momento della presentazione della relativa domanda il rapporto di lavoro dipendente sia effettivamente cessato, dovendosi ravvisare una presunzione semplice del carattere simulato della cessazione di tale rapporto ove essa sia seguita da immediata riassunzione del lavoratore, alle medesime condizioni, presso lo stesso datore di lavoro.

Innovativo il principio fissato da **Sez. L, n. 12362/2019, Fernandes, Rv. 653757-01**, sempre in tema di pensione di anzianità e di innalzamento dell'età pensionabile *ex* art. 1, comma 8, della l. n. 243 del 2004, essendo stato deciso che, in tema di pensione di anzianità, la deroga all'innalzamento dell'età pensionabile prevista dall'art. 1, comma 8, della l. n. 243 del 2004, come modificato dalla l. n. 247 del 2007, si applica anche in caso di integrazione volontaria della contribuzione in costanza di rapporto di lavoro, di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 564 del 1996, in considerazione della assenza di diversità ontologica tra tale ipotesi e quella della prosecuzione volontaria della contribuzione, disciplinata dall'art. 1 della l. n. 47 del 1983.

Sulla questione processuale della natura della sentenza di condanna al pagamento della pensione di anzianità e sulla possibilità di ritenerla titolo esecutivo, **Sez. 6-L, n. 14154/2019, Leone, Rv. 654019-02** ha assicurato continuità all'orientamento risalente che esclude siffatta configurabilità.

E' stato ribadito che la sentenza con la quale il giudice abbia dichiarato il diritto del ricorrente ad ottenere la pensione di anzianità e condannato l'ente previdenziale al pagamento dei relativi ratei e delle differenze dovute, senza precisare in termini monetari l'ammontare di tali differenze, deve essere definita generica e non

costituisce valido titolo esecutivo, in quanto la misura della prestazione spettante all'interessato non è suscettibile di quantificazione mediante semplici operazioni aritmetiche eseguibili sulla base di elementi di fatto, contenuti nella medesima sentenza o mediante il mero richiamo ai criteri di legge, ma necessita dell'ulteriore intervento di un giudice diverso, salva la possibilità di procedere a un'interpretazione extratestuale del titolo esecutivo giudiziale sulla base degli elementi ritualmente acquisiti nel processo in cui si è formato, purché le relative questioni siano state trattate nel corso dello stesso e possano intendersi come ivi univocamente definite, essendo mancata, piuttosto, la concreta estrinsecazione della soluzione come operata nel dispositivo o perfino nel tenore stesso del titolo.

Già in passato la Corte aveva affermato il medesimo principio (si vedano Sez. L, n. 14374/2016, Berrino, Rv. 640565-01 e Sez. L, n. 16259/2003, Prestipino, Rv. 567795-01) che oggi trova ulteriore conferma.

Tali precedenti, tuttavia, non contenevano il riferimento alla possibilità di integrare l'interpretazione del titolo giudiziale mediante elementi extratestuali; precisazione, invece, presente in Sez. 6-3, n. 14356/2018, Cirillo, Rv. 649427-01.

Sez. L, n. 06257/2019, Berrino, Rv. 653179-01, in conformità a Sez. L, n. 23841/2015, Balestrieri, Rv. 637920-01, ha affermato che la pensione di reversibilità in regime internazionale, benché acquisita dal superstite "*iure proprio*", spetta sulla base delle condizioni di assicurazione e contribuzione proprie del dante causa al momento del suo collocamento a riposo o, se non ancora titolare di pensione, a quello del decesso.

In particolare la vicenda ha riguardato un soggetto di nazionalità croata deceduto nel 2009, che godeva della pensione diretta dal 1984, sicché alla pensione di reversibilità si applicava la convenzione tra l'Italia e la Jugoslavia del 14 novembre 1957, per la quale, ai fini della totalizzazione dei contributi versati, è stato ritenuto sufficiente l'avvenuto versamento anche di un solo contributo settimanale.

Sempre in tema di pensione di reversibilità, **Sez. L, n. 06872/2019, Mancino, Rv. 653204-01**, si è soffermata sulla questione della perequazione automatica affermando che, in tema di blocco della perequazione automatica delle pensioni *ex* art. 1, comma 19, della l. n. 247 del 2007, per le pensioni di reversibilità l'importo-base sul quale calcolare l'eventuale superamento della soglia oltre la quale il blocco è destinato a operare (otto volte il trattamento minimo Inps) è costituito dal trattamento pensionistico al netto, e non al lordo, delle riduzioni derivanti dall'applicazione dei divieti di cumulo con gli altri redditi percepiti dal superstite, ai sensi dell'art. 1, comma 41, della l. n. 335 del 1995, in applicazione dei principi costituzionali di adeguatezza e proporzionalità dei trattamenti pensionistici che giustificano il sacrificio solo parziale e temporaneo dell'interesse dei pensionati, titolari di una o più pensioni, a tutelare il potere di acquisto.

In tema di individuazione della retribuzione utile a fini pensionistici di dirigente di imprese industriali, già iscritto presso l'INPDAI, **Sez. L, n. 23573/2019, D'Antonio, Rv. 655061-01** ha deciso che, ai fini della liquidazione della pensione spettante ad un dirigente di imprese industriali, già iscritto presso l'INPDAI, confluito nell'INPS in forza della l. n. 289 del 2002, la retribuzione pensionabile deve essere individuata in relazione alle retribuzioni che sarebbero state utili nel caso di un'ipotetica liquidazione del trattamento pensionistico da parte dell'INPDAI, non anche con riguardo alle retribuzioni percepite negli ultimi cinque e dieci anni calcolati a ritroso dalla data del pensionamento, in quanto il rinvio dell'art. 42 della l. n. 289 del 2002 all'art. 3, comma 7, del d.lgs. n. 181 del 1997, nonché lo stesso meccanismo del pro-rata adottato nell'art. 42 cit., costituiscono manifestazione della volontà del legislatore di tenere distinti i due periodi assicurativi, in considerazione della diversità dei sistemi di calcolo adottati per ciascuno di essi, dando luogo a due distinte quote di pensione da determinare secondo autonomi criteri.

Si va così consolidando l'orientamento conforme già espresso da Sez. L, n. 04897/2017, Doronzo, Rv. 643421-02.

Con riferimento alla pensione di vecchiaia sulla base del lavoro svolto in Svizzera ed alle relative modalità di calcolo **Sez. 6-L, n. 14153/2019, Leone, Rv. 654018-01** ha dato continuità a Sez. L, n. 30876/2017, Calafiore, Rv. 646568-01 stabilendo che in tema di pensione di vecchiaia spettante sulla base del lavoro svolto in Svizzera, l'art. 1, comma 777, della l. n. 296 del 2006, disponendo, con norma di interpretazione autentica, che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, sia riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati in Italia nel medesimo periodo, non è irragionevole e non determina alcuna lesione dell'affidamento del cittadino nella certezza dell'ordinamento giuridico, in quanto ispirato ai principi di uguaglianza e di proporzionalità, né contrasta con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6, par. 1, e all'art. 1, Prot. n. 1 all. CEDU, per come interpretato dalla Corte EDU (sentenza 15 maggio 2014), poiché quest'ultima non ha evidenziato un profilo di incompatibilità della disposizione nazionale in esame con il predetto art. 1 del Prot., sicché l'indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un limite di riducibilità delle "pensioni svizzere", presuppongono la scelta tra una pluralità di soluzioni, rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore (Corte cost. 12 luglio 2017 n. 166).

In punto di perequazione automatica delle pensioni ai sensi dell'art. 10 della l. n. 160 del 1975, **Sez. L, n. 06335/2019, D'Antonio, Rv. 653184-01** si è pronunciata sul tema del termine di prescrizione, che ha indicato in quello decennale: il diritto al conseguimento delle maggiorazioni legate alla perequazione automatica delle pensioni, di cui all'art. 10 della l. n. 160 del 1975, soggiace alla prescrizione ordinaria

decennale e, attesa l'avvenuta abrogazione della norma, ai sensi dell'art. 21 della l. n. 730 del 1983, sussiste fino al 30 aprile 1984, sicché non può essere riconosciuto ove la domanda amministrativa sia proposta decorsi dieci anni da tale data.

Si tratta di decisione conforme alla precedente Sez. L, n. 20507/2015, Berrino, Rv. 637403-01.

Infine, in termini generali, ossia con riferimento ad ogni prestazione di natura previdenziale erogata dagli istituti ad essa preposti **Sez. 6-L, n. 02361/2019, Fernandes, Rv. 652617-01** ha affermato che in materia di controversie previdenziali, grava sull'interessato ad ottenere il riconoscimento del diritto alla prestazione uno specifico onere di collaborazione, rientrando nell'ambito del generale onere di provare la fondatezza del diritto controverso, consistente nella sottoposizione alla visita medica disposta in sede di consulenza tecnica di ufficio; ne consegue che la mancata presentazione dell'interessato alla visita peritale disposta in fase di appello - anche se instaurato dall'istituto previdenziale a seguito di una sentenza di primo grado fondata su una consulenza svolta in primo grado e favorevole al ricorrente- comporta il rigetto della domanda per difetto di prova.

Né l'assenza del periziando alla visita peritale può ritenersi giustificata dalla mancata presenza del suo difensore all'udienza dinanzi alla corte di appello in cui viene disposta la nuova consulenza tecnica di ufficio, poiché le ordinanze pronunciate dal giudice in udienza ed inserite nel processo verbale si reputano conosciute sia dalle parti presenti che da quelle che avrebbero dovuto esserlo.

Si tratta di principio reso in controversia relativa a rendita da infortunio sul lavoro ma identica affermazione si rinviene in Sez. L, n. 19577/2013, Blasutto, Rv. 628267-01 pronunciata in giudizio relativo all'assegno ordinario di invalidità *ex* art. 1 della l. n. 222 del 1984.

In tema di diritto all'integrazione al minimo sul trattamento pensionistico, **Sez. L, n. 03144/2019, Mancino, Rv. 652864-01**, ha avuto il pregio di chiarire che gli interessi legali sul credito previdenziale decorrono dal momento in cui è giuridicamente configurabile un ritardo dell'ente previdenziale nell'adempimento, momento che è di regola coincidente con la scadenza del termine di centoventi giorni dalla data di presentazione della domanda amministrativa; ne consegue che, nel caso di richiesta giudiziale non preceduta dalla previa domanda amministrativa e dal deposito della prescritta documentazione reddituale, gli interessi decorrono dalla data di notifica all'ente del ricorso introduttivo della prima e unica domanda per il riconoscimento della prestazione previdenziale, non essendo ravvisabile per l'ente alcun precedente *spatium deliberandi*, decorso il quale possa ritenersi esistente un ritardo nel pagamento.

Sez. L, n. 20496/2019, Mancino, Rv. 653744-01, in tema di pensionamento anticipato dei lavoratori addetti ai pubblici servizi di trasporto (autoferrotranvieri),

disciplinato dall'art. 4 del d.l. n. 501 del 1995, conv. con modif. dalla l. n. 11 del 1996, ha infine ribadito l'orientamento secondo cui la maggiorazione contributiva va imputata alla quota di pensione maturata successivamente al 31 dicembre 1994, sicché ad essa deve essere applicata l'aliquota annua di rendimento del 2 per cento, prevista dalla normativa in vigore a tale momento.

Sez. 6-L, n. 30470/2019, Rivero, Rv. 656312 – 01, ha affrontato il tema dell'interesse ad agire ai fini del riconoscimento della maggiorazione contributiva di cui all'art. 13, comma 8 della l. n. 257 del 1992, come modificato dal d.l. n. 369 del 2003, conv. dalla l. n. 326 del 2003.

La Corte ha cassato con rinvio la decisione di merito che aveva ritenuto la carenza di interesse in relazione alla domanda di rivalutazione dei periodi assicurativi a seguito dell'esposizione all'amianto in quanto il soggetto non era ancora in pensione, operando il beneficio solo per la misura della prestazione e non anche per il suo conseguimento.

E' stato precisato che l'interesse ad agire sussiste non solo per i contributi di cui alla l. n. 257 del 1992, utilizzabili a fini dell'accesso ed ai fini dell'incremento della pensione, ma anche per quelli previsti dal d.l. n. 269 del 2003, conv. dalla l. n. 326 del 2003, che sono validi soltanto per la misura della pensione in quanto “nell'uno come nell'altro caso non si tratta di un accertamento di un mero fatto, posto che i lavoratori destinatari chiedono in giudizio l'accertamento di una situazione giuridica soggettiva protetta dalla legge, ossia del diritto soggettivo a beneficiare immediatamente della rivalutazione contributiva stabilita dalla norma e di avere l'accredito attuale dei relativi contributi, sia pure ai soli fini dell'incremento del trattamento pensionistico futuro”.

Nella decisione si è ricordato come esista nell'ordinamento il diritto soggettivo del lavoratore alla correttezza della propria posizione contributiva, quale bene giuridico suscettibile di autonomo accertamento e tutela, che prescinde dal collocamento in pensione dello stesso.

In sostanza, il beneficio rispetto alla posizione assicurativa e/o contributiva è stato ritenuto presupposto per l'autonoma azionabilità del diritto alla rivalutazione in parola, a prescindere dall'immediata incidenza sulla misura della pensione.

Per la peculiare ipotesi del “congruo e dignitoso sostentamento” dei sacerdoti al servizio della Diocesi e del computo della pensione ai fini della sua determinazione, **Sez. L, n. 31840/2019, Cavallaro, Rv. 656002-01** ha deciso che tra i proventi percepiti dai sacerdoti che svolgono servizio in favore della diocesi, computabili in relazione alla garanzia di un "congruo e dignitoso sostentamento", nella misura stabilita periodicamente dalla Conferenza episcopale italiana, e dunque ai fini della determinazione dell'eventuale integrazione a carico dell'Istituto diocesano per il sostentamento del clero, ai sensi dell'art. 34 della l. n. 222 del 1985, devono essere ricomprese le pensioni, secondo quanto previsto dalle delibere n. 44 del 1986 e 58

del 1991 della Conferenza episcopale italiana, non essendo inibito alle deliberazioni integrative di cui all'art. 75 della legge citata di attribuire rilevanza, ai fini suddetti, a cespiti reddituali diversi dagli stipendi, nella misura in cui ciò non precluda in radice il conseguimento della "ratio" assistenziale propria della disposizione normativa.

Con riferimento alla base di calcolo del trattamento pensionistico, **Sez. L, n. 34193/2019, Calafiore, Rv. 656456 - 01**, ha ribadito quanto già deciso da Sez. L, n. 21668/2017, *Riverso*, Rv. 645872-01 e cioè che nella base di calcolo del trattamento pensionistico vanno inclusi i ratei di tredicesima mensilità già maturati all'atto di esercizio dell'opzione prevista dall'art. 1, comma 12, della l. n. 243 del 2004 - che consente ai soggetti in possesso dei requisiti per l'accesso al pensionamento di anzianità di proseguire il rapporto con esonero dalla ulteriore contribuzione ed attribuzione delle somme corrispondenti a titolo di incentivo - in forza del criterio di parità e secondo la *fiction iuris* stabilita dal successivo comma 13 dello stesso art. 1, senza considerare il criterio di cassa per il pagamento dei contributi *ex art. 6*, comma 9, del d.lgs. n. 314 del 1997, applicabile solo ai rapporti normalmente in corso.

1.4. La CIG e l'indennità di mobilità.

Sez. L, n. 08919/2019, Fernandes, Rv. 653219-01, ha fissato un importante principio quanto al momento in cui assume rilievo il possesso del requisito anagrafico ai fini dell'elevazione del periodo di godimento del beneficio di cui all'art. 7, comma 1, della l. n. 223 del 1991 il quale dispone che *“i lavoratori collocati in mobilità ai sensi dell'art. 4 della stessa legge, che siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 16, primo comma hanno diritto ad un'indennità per un periodo massimo di dodici mesi, elevato a ventiquattro per i lavoratori che hanno compiuto i cinquant'anni”*.

La decisione ha stabilito che in tema di indennità di mobilità, quel requisito deve essere posseduto alla data in cui si perfeziona il diritto al conseguimento dell'indennità, vale a dire al momento del licenziamento, che costituisce il presupposto dell'inserimento del lavoratore nella lista di mobilità, mentre è irrilevante la sua maturazione in costanza di prestazione.

In materia di estensione dell'indennità di mobilità a favore di lavoratori di imprese commerciali con numero di dipendenti tra 50 e 200, **Sez. L, n. 09023/2019, Fernandes, Rv. 653451-01** ha deciso che l'estensione prevista dall'art. 7, comma 7, del d.l. n. 148 del 1993, conv. con modif. dalla l. n. 236 del 1993, e successive proroghe, opera anche per la corresponsione anticipata di cui all'art. 7, comma 5, della l. n. 223 del 1991, in riferimento all'integrale importo spettante e non limitatamente all'anno in cui è stata concessa, senza che rilevi la cancellazione dalle liste di mobilità per effetto dell'esercizio dell'opzione, atteso che il diritto al

trattamento matura prima della cancellazione, anche in caso di pagamento dell'indennità in un'unica soluzione ed in via anticipata.

In ordine alla questione relativa al termine di decadenza applicabile all'indennità di mobilità ed alla sua equiparazione al trattamento di disoccupazione si veda al par. 1.1. la già citata **Sez. L, n. 11704/2019, Fernandes, Rv. 653830-01**.

Un significativo arresto si è avuto in tema di effetti dell'illegittimità della cessione del ramo di azienda e di detraibilità delle somme eventualmente percepite dal lavoratore a titolo di indennità di mobilità da quanto ricevuto per il mancato ripristino del rapporto ad opera del cedente.

Ed infatti **Sez. L, n. 23306/2019, Patti, Rv. 655059-01** ha affermato che nell'ipotesi di nullità della cessione di azienda o di ramo di essa, le somme percepite dal lavoratore a titolo d'indennità di mobilità non possono essere detratte da quanto egli abbia ricevuto per il mancato ripristino del rapporto ad opera del cedente, indipendentemente dalla qualificazione - risarcitoria o retributiva - del trattamento economico dovuto al lavoratore illegittimamente trasferito, poiché l'indennità opera su un piano diverso rispetto agli incrementi patrimoniali derivanti al lavoratore dall'essere stato liberato, anche se illegittimamente, dall'obbligo di prestare la sua attività, dando luogo la sua eventuale non spettanza ad un indebito previdenziale, ripetibile nei limiti di legge.

L'affermazione è, sostanzialmente, conforme a quanto deciso da **Sez. L, n. 07794/2017, Balestrieri, Rv. 643579-01**, e si inserisce nel filone interpretativo che sembra prevalere, ad oggi, nella giurisprudenza di legittimità che vede affermata l'autonomia del rapporto tra cedente e lavoratore rispetto agli altri rapporti eventualmente instaurati prima della declaratoria di invalidità della cessione.

Si ricorda a tale proposito che anche **Sez. L, n. 21158/2019, Amendola, Rv. 654807-01**, sebbene su un piano diverso, ha ribadito l'autonomia delle vicende relative all'obbligazione retributiva gravante sul cedente che rifiuti la prestazione lavorativa rispetto alle retribuzioni corrisposte dal destinatario della cessione, e nello stesso senso **Sez. L, n. 17784/2019, Patti, Rv. 654479-01**.

Sembra così, allo stato, minoritario, il diverso principio affermato da **Sez. L, n. 16694/2018, Leone, Rv. 649247-01** secondo cui, invece, in caso di dichiarazione di nullità della cessione di ramo di azienda, il cedente, che non provveda al ripristino del rapporto di lavoro, è tenuto a risarcire il danno secondo le ordinarie regole civilistiche, sicché la retribuzione, corrisposta dal cessionario al lavoratore, deve essere detratta dall'ammontare del risarcimento.

Analogamente **Sez. L, n. 21160/2019, Amendola, Rv. 654995-01**, ha deciso che in tema di cessione di ramo di azienda, ove ne venga accertata l'illegittimità, permane in capo al datore cedente, che, nonostante l'offerta della prestazione, non abbia ottemperato al comando giudiziale di ripristino del rapporto lavorativo,

giuridicamente rimasto in vita, l'obbligo di pagamento delle retribuzioni; sancita la natura retributiva e non risarcitoria delle somme da erogarsi ai lavoratori da parte del cedente inadempiente, non trova applicazione il principio della "*compensatio lucri cum damno*" su cui si fonda la detraibilità di quanto altrimenti percepito.

Si è trattato di fattispecie proprio in tema di detraibilità (esclusa) dalle poste retributive dell'indennità di mobilità.

Rileva, seppure indirettamente, in materia di cassa integrazione guadagni una decisione assunta dalla Corte in tema di licenziamento collettivo.

In conformità con quanto deciso già da Sez. L, n. 11455/2004, Picone, Rv. 573746-01, **Sez. L, n. 14800/2019, Blasutto, Rv. 653985-01**, ha affermato che l'ambito della verifica da effettuare per disporre il collocamento in mobilità *ex* art. 4 della l. n. 223 del 1991 abbraccia l'impresa nel suo complesso e può estendersi anche a posizioni lavorative non comprese nel trattamento di integrazione salariale. Ne consegue che il provvedimento con il quale il lavoratore è stato collocato in CIGS non assume alcun rilievo in sede di impugnativa del licenziamento conseguente al collocamento in mobilità, la cui legittimità deve essere valutata con esclusivo riferimento agli accordi sindacali che ne costituiscono il fondamento specifico.

Sez. 6-L, n. 27872/2019, Rivero, Rv. 655552-01 ha deciso che in tema di benefici previdenziali in favore dei lavoratori esposti all'amianto, la salvaguardia del regime più favorevole di cui all'art. 13 della l. n. 257 del 1992 (trattamento straordinario di integrazione salariale e pensionamento anticipato, n.d.e.), previsto dall'art. 3, comma 132, della l. n. 350 del 2003 per i lavoratori che alla data del 2 ottobre 2003 avevano avanzato domanda di riconoscimento all'INAIL, deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui, su domanda antecedente la data suindicata, vi sia stato un primo parziale riconoscimento dell'esposizione da parte dell'INAIL ed il lavoratore presenti successiva domanda di riesame o agisca in giudizio per ottenere un ampliamento del periodo di esposizione riconosciuto in sede amministrativa.

1.5. L'indennità di disoccupazione.

Sez. L, n. 21539/2019, Calafiore, Rv. 654815-01, sull'indennità di disoccupazione agricola per i lavoratori a tempo indeterminato, ha affermato il principio di diritto che in tema di prestazioni previdenziali a tutela del lavoro nell'agricoltura, l'indennità di disoccupazione agricola prevista dall'art. 32, comma 1, lett. a), della l. n. 264 del 1949 - nella disciplina anteriore all'art. 2, comma 3, della l. n. 92 del 2012 ed all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 22 del 2015 - compete, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 2019, ai lavoratori a tempo indeterminato licenziati alla fine dell'anno - o comunque dopo aver raggiunto o superato le 270 giornate lavorate - che siano rimasti involontariamente privi di

occupazione nell'anno successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, dovendo in tal caso la misura dell' indennità essere individuata sulla base della differenza tra il numero fisso di 270 e il totale delle giornate di effettiva occupazione prestata nell'anno, sino al limite massimo di 180 giornate annue.

Si tratta di un principio inedito che è stato affermato in una decisione che ha ricostruito puntualmente il quadro normativo applicabile *ratione temporis* alla vicenda contenziosa prendendo atto della sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 2019 che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 1 lett. a) della l. n. 264 del 1949 e dell'art. 1, comma 55, della l. n. 247 del 2007, in relazione agli artt. 3 e 38 della Costituzione nella parte in cui escludono la protezione contro lo stato di disoccupazione dei lavoratori agricoli a tempo indeterminato.

Sez. 6-L, n. 06229/2019, Spena, Rv. 653142-01 ha avuto l'occasione di ribadire che in tema di indennità di disoccupazione agricola, l'iscrizione negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli costituisce presupposto per l'attribuzione della prestazione previdenziale, che, pertanto, non può essere riconosciuta in difetto di impugnazione del provvedimento amministrativo di esclusione da tali elenchi nel termine decadenziale di cui all'art. 22 del d.l. n. 7 del 1970, conv. con modif. dalla l. n. 83 del 1970.

Si tratta di principio che può farsi risalire alla nota Sez. U, n. 01133/2000, Prestipino, Rv. 541215-01.

Sez. L, n. 28295/2019, Ghinoy, Rv. 655604-01 ha affermato il principio innovativo e sostanzialmente inedito secondo cui l'indennità di disoccupazione, sostegno al reddito per il caso di involontaria mancanza di lavoro, è dovuta anche alla scadenza del contratto a termine che sia stato convertito giudizialmente in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando alla pronunzia non segua poi l'effettiva reintegra, e senza che rilevi la successiva risoluzione consensuale del rapporto di lavoro a seguito di transazione posteriore alla sentenza favorevole, che il lavoratore non è obbligato ad eseguire, in quanto lo stato di disoccupazione, provocato dall'atto datoriale di risoluzione, e non dalla mancata esecuzione del provvedimento giudiziale, deve ritenersi comunque involontario.

1.6. L'indennità di maternità e l'assegno per il nucleo familiare.

Sez. L, n. 05367/2019, D'Antonio, Rv. 653021-01, ha avuto modo di pronunciarsi in punto di prolungamento del diritto all'indennità di maternità dopo la risoluzione del rapporto di lavoro, fissando le relative condizioni.

Ha dunque deciso che in tema di tutela delle lavoratrici madri, il diritto all'indennità giornaliera di maternità spetta anche quando il periodo di congedo abbia avuto inizio dopo la risoluzione del rapporto, a condizione che tra la cessazione del

rapporto stesso e l'inizio del congedo non siano decorsi più di sessanta giorni, da calcolarsi con riferimento alla data presunta del parto e non a quella effettiva, oppure che, trascorso detto termine, la lavoratrice sia disoccupata e in godimento dell'indennità di disoccupazione.

Nella fattispecie, il periodo di congedo, calcolato secondo il criterio indicato, era iniziato oltre sessanta giorni dopo la risoluzione del rapporto e la lavoratrice non poteva godere dell'indennità di disoccupazione avendone già usufruito per la durata massima.

In merito all'assegno per il nucleo familiare, disciplinato dall'art. 2 del d.l. n. 69 del 1988, conv. con modif. dalla l. n. 153 del 1988, **Sez. L, n. 06870/2019, Riverso, Rv. 653203-02**, con principio innovativo ha affermato che tale provvidenza spetta al lavoratore somministrato a tempo indeterminato anche durante gli intervalli in cui, pur non prestando attività lavorativa per l'utilizzatore, percepisce dal somministratore l'indennità di disponibilità *ex* art. 22, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, atteso che, durante tali periodi non lavorati, il sinallagma funzionale del contratto di lavoro è attivo e permane l'obbligo, a carico del somministratore, di versamento dei contributi assicurativi sull'erogata indennità.

In tale pronuncia si evidenzia che il diritto all'assegno per il nucleo familiare per il lavoratore che percepisce l'indennità di disponibilità deriva dalle regole generali richiamate dalla stessa disciplina normativa del lavoro somministrato, sulla base di una interpretazione sistematica, che tenga conto della evoluzione della disciplina del lavoro subordinato, atteso che al momento della introduzione della provvidenza in discorso (d.l. n. 69 del 1988 e d.P.R. n. 797 del 1955), non esisteva la fattispecie del lavoro somministrato e le norme sugli assegni familiari erano modellate in relazione al modello tradizionale del lavoro dipendente.

Conclude la S.C. che anche per la indennità di disponibilità sussiste la ratio protettiva previdenziale che è all'origine della prestazione volta a tutelare il nucleo familiare, e quindi riconosciuta al lavoratore in ragione dei suoi carichi di famiglia mediante una tutela specifica per il nucleo familiare, diretta, in attuazione dell'art. 31 e 36 Costituzione, a garantire un sufficiente reddito alle famiglie che ne siano complessivamente sprovviste.

2. Le prestazioni assistenziali: Danni da trattamenti sanitari.

Come per gli anni passati si registrano diverse decisioni in materia di prestazioni riconosciute per danni irreversibili subiti a seguito di vaccinazioni, trasfusioni ed emoderivati.

Particolare riguardo ha avuto la giurisprudenza dell'anno al tema della esatta individuazione della decorrenza dei termini decadenziali.

2.1. Danni post-trasfusionali.

Decisamente significativo quanto affermato da **Sez. 6-L, n. 27565/2019, Rivero, Rv. 655551-01** in punto di decadenza della domanda di indennizzo del danno da emotrasfusioni e di presupposti per la sua decorrenza.

La Corte ha descritto gli elementi la cui coesistenza determina la decorrenza del termine con una pronuncia che costituisce una sorta di sintesi degli orientamenti fino ad allora espressi.

Ha, quindi, deciso che in tema di indennizzo del danno da emotrasfusioni, ai fini della decorrenza del termine decadenziale di cui all'art. 3, comma 1, della l. n. 210 del 1992, non è sufficiente la conoscenza o la ragionevole conoscibilità della malattia in sé o della sua cronicizzazione, ma occorre quella dell'evento indennizzato completo del nesso causale e quindi della correlazione tra la patologia e l'intervento terapeutico praticato, della natura irreversibile del danno nonché della sua ascrivibilità, per equivalente e non in via strettamente tabellare, ad una delle infermità classificate nelle categorie previste dalla tabella B, annessa al T.U. approvato con d.P.R. n. 915 del 1978, come sostituita dalla tabella A allegata al d.P.R. n. 834 del 1981.

I diversi requisiti necessari per la decorrenza del termine decadenziale erano stati separatamente indicati in plurime occasioni dalla Corte e la recente sentenza ha avuto l'occasione ed il pregio di descriverli tutti in maniera dettagliata ed unitaria.

Il richiamo è ai precedenti costituiti da Sez. 6-L, n. 17800/2016, Garri, Rv. 640814-01, Sez. L, n. 00837/2006, Cellerino, Rv. 586648-01, Sez. 6-L, n. 22706/2010, Lamorgese, Rv. 614965-01, Sez. U, n. 08064/2010, Amoroso, Rv. 612172-01.

In continuità e sui medesimi aspetti, si è soffermata anche **Sez. 6-L, n. 27874/2019, Rivero, Rv. 655617-01** che ha specificato, ulteriormente, che in tema di indennizzo in favore di soggetti danneggiati da epatite post-trasfusionale, ai fini del decorso del termine di decadenza di cui all'art. 3 della l. n. 210 del 1992, è necessario che la conoscenza della sussistenza di un danno irreversibile, inquadrabile per equivalente e non in via strettamente tabellare, ad una delle infermità classificate nelle categorie previste dalla tabella B, annessa al T.U. approvato con d.P.R. n. 915 del 1978, come sostituita dalla tabella A allegata al d.P.R. n. 834 del 1981, tragga la propria fonte da una documentazione clinica comprovante la data della trasfusione, le manifestazioni cliniche e l'entità delle lesioni o dell'infermità da cui è derivata la menomazione permanente del soggetto.

2.2. Danni irreversibili da vaccinazioni.

Nella materia si registrano alcuni interventi della Corte in piena continuità con precedenti decisioni.

In particolare (conformemente a Sez. L, n. 11339/2018, Mancino, Rv. 648188-01) è stato ribadito che ai soggetti danneggiati da vaccinazione antipoliomielite somministrata in epoca antecedente all'entrata in vigore della l. n. 695 del 1959, va riconosciuto il diritto all'indennizzo alla stregua della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1, comma 1, della l. n. 210 del 1992, tenuto conto dell'art. 5 quater del d.l. n. 73 del 2017, conv. con modif., dalla l. n. 119 del 2017, con applicazione del termine triennale, per la proposizione della domanda, previsto dall'art. 3, comma 1, della l. n. 210 del 1992 (**Sez. L, n. 13208/2019, Mancino, Rv. 653838-01**).

Inoltre **Sez. L, n. 13206/2019, Mancino, Rv. 653837-01** ha precisato che in materia di danni da vaccinazioni obbligatorie, l'art. 3 della l. n. 229 del 2005, nel prevedere un ulteriore indennizzo in favore dei soggetti che già usufruiscono dei benefici di cui alla l. n. 210 del 1992, ne subordina la corresponsione alla rinuncia, con atto formale, alla prosecuzione di ogni contenzioso giudiziale proposto ai sensi della medesima legge, ivi inclusi i giudizi concernenti il riconoscimento del diritto alla rivalutazione dell'indennità integrativa speciale, in qualsiasi stato e grado del procedimento si trovino, ivi compresa la fase esecutiva, con esclusione dei soli giudizi che concernono le ulteriori pretese risarcitorie avanzate dagli interessati per atto illecito, di cui all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 1 della l. n. 229 del 2005.

Si tratta di principio conforme a quanto già deciso da Sez. L, n. 08059/2014, Fernandes, Rv. 630073-01.

2.3. Le prestazioni di invalidità civile.

La Corte ha dato continuità a quanto deciso da Sez. 6-L, n. 06590/2014, Blasutto, Rv. 629902-01 ed ha ribadito il principio secondo cui, in materia di invalidità civile, la revoca della prestazione assistenziale, seppure intervenuta a seguito di una verifica amministrativa disposta dalla legge al fine di accertare la permanenza dei relativi requisiti, determina l'estinzione del diritto, con la conseguenza che l'interessato, per ottenere il ripristino della prestazione, è tenuto a proporre nuovamente l'istanza amministrativa di concessione (**Sez. L, n. 28445/2019, Calafiore, Rv. 655848-01**).

La sentenza ha sottolineato come la condizione di revoca della prestazione assistenziale determina una sorta di cesura con la situazione che aveva determinato il riconoscimento della stessa ed il venire meno del rapporto giuridico tra l'assistito e l'Amministrazione con la conseguenza che, per ripristinare tale rapporto, occorre preventivamente ri-attivare il procedimento amministrativo mediante una nuova ed autonoma domanda.

Anche ricorrendo tale ipotesi, quindi, secondo la motivazione della Corte, sussistono le condizioni che determinano non già la semplice improcedibilità della domanda giudiziale ma la radicale improponibilità a causa di una “temporanea

carenza di giurisdizione”, sussistendo, anche in tale ipotesi, “la *ratio* sottesa alle prestazioni assistenziali che, alla stregua dell'art. 38 Cost., induce a preferire soluzioni volte a riconoscere le prestazioni assistenziali solo in presenza di effettivi bisogni e a rifuggire da soluzioni suscettibili di creare ingiustificate disparità di trattamento nell'area di quanti dette prestazioni rivendicano, disparità che finirebbe per crearsi, con riferimento ai requisiti per usufruire delle stesse, tra coloro che chiedono per la prima volta dette prestazioni e quanti, invece, avendo di queste già goduto, ne pretendono un perdurante godimento pur in presenza di mutate, e più favorevoli, condizioni reddituali”.

Con l'importante **Sez. L, n. 14415/2019, Fernandes, Rv. 653977-01**, la Corte è intervenuta sul tema del requisito reddituale richiesto per la prestazione assistenziale dell'assegno di invalidità civile di cui all'art. 13 della l. n. 118 del 1971.

E' stato affermato che in tema di assegno di invalidità civile, ai fini della verifica della sussistenza del requisito reddituale previsto per il riconoscimento del beneficio, anche nel periodo successivo alla entrata in vigore della l. n. 247 del 2007 occorre fare riferimento al reddito personale dell'assistito, con esclusione di quello percepito dagli altri componenti del nucleo familiare.

Dopo avere operato una ricostruzione analitica delle norme succedutesi in materia di requisiti socio economici richiesti per le prestazioni a favore degli invalidi civili, ha preso in considerazione le innovazioni introdotte con l'art. 1, comma 35, della l. n. 247 del 2007 evidenziando, in particolare, che tale disposizione non ha comportato la distinzione delle condizioni previste per le due prestazioni assistenziali non avendo abrogato la disposizione speciale dettata per l'assegno di invalidità, con riferimento al limite reddituale per accedere alla prestazione, introdotta dall'art. l'art. 14 *septies*, comma 5, del d.l. n. 663 del 1979, conv. dalla l. n. 33 del 1980.

Tanto, nella lettura della Corte, è ulteriormente confermato dalla lettera del successivo intervento di cui al d.l. n. 76 del 2013, conv. dalla l. n. 99 del 2013, che all'art. 10 comma 5, ha inserito dopo il comma 6 dell'art. 14-*septies* cit., una ulteriore disposizione con la quale si specifica che “*il limite di reddito per il diritto alla pensione di inabilità in favore dei mutilati e degli invalidi civili, di cui all'articolo 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118, è calcolato con riferimento al reddito agli effetti dell'IRPEF con esclusione del reddito percepito da altri componenti del nucleo familiare di cui il soggetto interessato fa parte*”.

La disposizione si completa con il successivo comma 6 il quale stabilisce che “*la disposizione del settimo comma dell'articolo 14-*septies* del decreto legge 30 dicembre 1979, n. 663, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 febbraio 1980, n. 33, introdotta dal comma 5, si applica anche alle domande di pensione di inabilità in relazione alle quali non sia intervenuto provvedimento definitivo e ai procedimenti giurisdizionali non conclusi con sentenza definitiva alla data di entrata in vigore della presente disposizione, limitatamente al riconoscimento del diritto a pensione a decorrere dalla medesima data, senza il pagamento di importi arretrati. Non si fa*

comunque luogo al recupero degli importi erogati prima della data di entrata in vigore della presente disposizione, laddove conformi con i criteri di cui al comma 5."

Dall'insieme di tali disposizioni, la Corte ha ritenuto che il quadro normativo relativo al requisito reddituale per l'assegno di invalidità non abbia subito sostanziali mutamenti e sia tuttora valido il riferimento al solo reddito del richiedente la prestazione (Sez. L, n. 13363/2003, Capitanio, Rv. 566772-01, Sez. L, n. 16363/2002, Morcavallo, Rv. 558617-01).

2.4 L'indennità di accompagnamento.

In ordine alle modalità con le quali effettuare l'accertamento del diritto al ripristino dell'indennità di accompagnamento nel caso di patologie irreversibili, si segnala **Sez. L, n. 30856/2019, Mancino, Rv. 655883-01** con la quale è stato affermato che l'accertamento giudiziale del diritto al ripristino dell'indennità di accompagnamento revocata, pur in presenza di patologie irreversibili, impone la verifica del perpetuarsi delle condizioni di minorazione, da compiersi nel processo attraverso l'acquisizione di prove o il ricorso, secondo le circostanze, a presunzioni di fatto dalle quali desumere la permanenza nel tempo di condizioni sanitarie o psicofisiche tali da compromettere la salute e la dignità dell'assistibile.

Inoltre **Sez. L, n. 30568/2019, Mancino, Rv. 655874-01** si è soffermata sul rapporto tra la prestazione e quelle relative alla cecità parziale, affermando che le prestazioni assistenziali relative alla cecità parziale ed all'indennità di accompagnamento sono cumulabili - ove ricorrano i rispettivi presupposti - in ragione della diversa funzione di tali provvidenze, che tendono, nell'uno caso, a sopperire alla condizione di bisogno di chi a causa dell'invalidità non è in grado di procacciarsi i necessari mezzi di sostentamento, nell'altro, a consentire ai soggetti non autosufficienti condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana, dovendosi considerare, nella valutazione complessiva dello stato di inabilità totale, l'eventuale concorso della cecità parziale con le altre minorazioni nel determinare la perdita di autonomia e autosufficienza che dà diritto all'indennità di accompagnamento per effetto della sentenza della Corte cost. n. 346 del 1989.

In ordine al rapporto tra le somme erogate a titolo di assegno sociale in relazione alla corresponsione dell'indennità di accompagnamento, con particolare riguardo alla possibile compensazione impropria tra le due poste, rileva quanto deciso da **Sez. L, n. 30220/2019, D'Antonio, Rv. 655865-01** nel senso che la compensazione impropria - che si verifica quando i contrapposti crediti e debiti delle parti hanno origine da un unico rapporto - non è applicabile sul trattamento di invalidità civile (nella specie, indennità di accompagnamento) per il recupero di somme indebitamente versate a titolo di assegno sociale *ex art. 3, comma 6, della l. n. 335 del*

1995 - quale provvidenza avulsa dallo stato di invalidità che non investe la tutela di condizioni minime di salute o gravi situazioni di urgenza - in difetto del requisito di identità del titolo per l'assoluta diversità dei presupposti che giustificano l'erogazione delle due prestazioni; ne consegue la piena applicazione della disciplina della compensazione e dei limiti all'operatività della stessa, con particolare riguardo al divieto di cui all'art. 1246, n. 3, c.c..

2.5. Profili processuali.

Sez. L, n. 29754/2019, D'Antonio, Rv. 655717-01 ha affermato che in tema di azione giudiziale per le prestazioni d'invalidità civile, il termine di decadenza introdotto dall'art. 42, comma 3, del d.l. n. 269 del 2003 (conv. con modif. dalla l. n. 326 del 2003), la cui efficacia è stata differita al 31 dicembre 2004 dall'art. 23, comma 2, del d.l. n. 355 del 2003 (conv. con modif. dalla l. n. 47 del 2004), si applica a decorrere dal 1° gennaio 2005 anche nel caso in cui il provvedimento amministrativo sia stato comunicato all'interessato anteriormente alla predetta data, dovendosi ritenere, conformemente ai principi generali dell'ordinamento in materia di termini, che, ove una modifica normativa introduca un termine di decadenza prima non previsto, la nuova disciplina operi anche per le situazioni soggettive già in essere, ma la decorrenza del termine resta fissata con riferimento all'entrata in vigore della modifica legislativa.

Si tratta di una decisione in evidente contrasto con quanto precedentemente deciso da Sez. L, n. 11484/2015, Balestrieri, Rv. 635667-01 che aveva sostenuto il contrario principio dell'applicabilità della decadenza in questione solo ai provvedimenti amministrativi comunicati a decorrere dal 1° gennaio 2005 e non nell'ipotesi in cui il ricorso amministrativo (avverso un provvedimento amministrativo di rigetto) sia stato proposto prima del 31 dicembre 2004, dovendosi in tal caso applicare la previgente disciplina di cui al d.P.R. 24 settembre 1994, n. 698.

Più sentenze si sono soffermate su profili attinenti la domanda amministrativa di concessione dell'indennità di accompagnamento.

Ben tre le decisioni massimate con le quali è stato deciso che in tema di prestazioni previdenziali ed assistenziali, al fine di integrare il requisito della previa presentazione della domanda non è necessaria la formalistica compilazione dei moduli predisposti dall'INPS o l'uso di formule sacramentali, essendo sufficiente che la domanda consenta di individuare la prestazione richiesta affinché la procedura anche amministrativa si svolga regolarmente.

Ne consegue che non costituisce requisito imprescindibile della domanda amministrativa barrare la casella che, nel modulo, individua le condizioni sanitarie la cui sussistenza è necessaria per il riconoscimento del diritto all'indennità di

accompagnamento (la cd. spunta), non potendo l'istituto previdenziale introdurre nuove cause di improcedibilità ovvero di improponibilità in materia che deve ritenersi coperta da riserva di legge assoluta *ex art. 111 Cost.*

In tal senso **Sez. L, n. 14412/2019, D'Antonio, Rv. 653976-01** e la conforme **Sez. L, n. 25804/2019, Mancino, Rv. 655392-01**.

Il caso concreto riguardava la mancata completa compilazione della domanda amministrativa con particolare riferimento al certificato medico, rilasciato su modulo predisposto dall'INPS nel quale pur essendo segnalato che il certificato era rilasciato ai fini dell'invalidità, non era stata barrata la casella che individua le condizioni sanitarie la cui sussistenza è necessaria per il riconoscimento del diritto all'indennità di accompagnamento.

La Corte si è soffermata sull'interpretazione dell'art. 20, comma 3, del d.l. n. 78 del 2009, come modificato dalla l. n. 102 del 2009 secondo cui *“a decorrere dal 1° gennaio 2010 le domande volte ad ottenere i benefici in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, complete della certificazione medica attestante la natura delle infermità invalidanti, sono presentate all'INPS, secondo modalità stabilite dall'ente medesimo. L'Istituto trasmette, in tempo reale e in via telematica, le domande alle Aziende Sanitarie Locali”*.

Secondo l'interpretazione fatta propria dalla Corte, “la norma, nel richiedere che sia allegata la certificazione medica con indicazioni delle infermità, nulla aggiunge con riferimento all'indennità di accompagnamento, ma il modello predisposto dall'Inps reca la dicitura “persona impossibilitata a deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore”, oppure “persona che necessita di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita”, prevedendo che sia barrata l'ipotesi ritenuta sussistente ma, la spuntatura di una di dette ipotesi, non sembra affatto costituire requisito imprescindibile della domanda amministrativa in base alla norma suddetta”.

Si è dunque concluso nel senso di cui alla massima sopra riportata.

Ha seguito la medesima linea interpretativa **Sez. L, n. 24896/2019, Mancino, Rv. 655317-01**, che ha sostenuto, in tema di prestazioni previdenziali ed assistenziali, che, al fine di integrare il requisito della previa presentazione della domanda amministrativa di cui all'art. 443 c.p.c., non è necessaria la formalistica compilazione dei moduli predisposti dall'INPS o l'uso di formule sacramentali, essendo sufficiente che la domanda consenta di individuare la prestazione richiesta affinché la procedura, anche amministrativa, si svolga regolarmente; ne consegue che non costituisce requisito ostativo all'esercizio dell'azione per il riconoscimento del beneficio dell'indennità di accompagnamento la circostanza che la domanda amministrativa sia corredata da un certificato medico negativo rilasciato all'assistito dal medico curante, non potendo l'istituto previdenziale introdurre nuove cause di improcedibilità ovvero

di improponibilità in materia che deve ritenersi coperta da riserva di legge assoluta *ex art. 111 Cost.*

Infine, nello stesso solco si inserisce **Sez. L, n. 30419/2019, D'Antonio, Rv. 655870-01**, con la quale è stato sostenuto che in tema di invalidità civile, ai fini della procedibilità del ricorso giudiziale, è sufficiente che la domanda amministrativa consenta di individuare la specifica prestazione richiesta, senza che l'eventuale assenza del certificato medico possa incidere sul riconoscimento del diritto al beneficio con decorrenza dalla presentazione della medesima domanda, ove sussistano gli altri presupposti previsti dalla legge.

Sez. 6-L, n. 26090/2019, Cavallaro, Rv. 655616-01, si è soffermata su un profilo comune alle controversie in materia di revoca o soppressione di un trattamento assistenziale ed ha enunciato il principio secondo cui nelle controversie in materia di soppressione, per asserito miglioramento, di pensione di invalidità civile, assegno di invalidità civile o indennità di accompagnamento, che siano stati conseguiti in forza di sentenza passata in giudicato, è necessario condurre una comparazione tra le condizioni di salute esistenti all'epoca della sentenza e quelle riscontrate in occasione del giudizio di revisione, atteso che in tali casi il giudicato si estende anche alla valutazione del carattere invalidante delle malattie che, se invariate, non possono essere diversamente valutate.

La Corte si è allineata a quanto precedentemente deciso in senso conforme da **Sez. L, n. 12674/2003, Celentano, Rv. 566387-01**.

Per l'ipotesi del decreto di omologa emesso in pendenza del giudizio ordinario, è stato affermato che in tema di accertamento tecnico preventivo *ex art. 445 bis c.p.c.*, la pendenza del ricorso ordinario tra le parti impedisce di ritenere definitiva la statuizione contenuta nell'eventuale decreto di omologa che sia stato nel frattempo emesso in quanto è destinata ad essere travolta dalla decisione che sarà assunta in sede di giudizio ordinario; ne consegue che avverso quel decreto non è proponibile ricorso per cassazione e che l'erronea omologazione potrà essere rilevata nel giudizio di merito. (**Sez. 6-L, n. 25399/2019, Leone, Rv. 655425-01**).

Sull'accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 445 bis c.p.c. e, segnatamente, sulla possibilità di tenere conto anche delle infermità sopravvenute nel corso del giudizio, ai sensi dell'art. 149 disp. att. c.p.c., rileva quanto deciso da **Sez. L, n. 30860/2019, Mancino, Rv. 655884-01** che ha dato risposta affermativa al quesito stabilendo che la previsione di cui all'art. 149 disp. att. c.p.c., dettata in materia di invalidità pensionabile, che impone la valutazione in sede giudiziaria di tutte le infermità, pur sopravvenute nel corso del giudizio, si applica anche ai giudizi introdotti ai sensi dell'art. 445 bis c.p.c., la cui "ratio" di deflazione del contenzioso e di velocizzazione del processo, nei termini di ragionevolezza di cui alla Convenzione EDU, ben si armonizza con la funzione dell'art. 149 citato, sicché la sua mancata

applicazione vanificherebbe la finalità della novella, creando disarmonie nella protezione dei diritti condizionate dai percorsi processuali prescelti.

In particolare, nel caso esaminato, la Corte ha cassato la sentenza che aveva ritenuto inammissibile la formulazione del dissenso, ed escluso la sussistenza del requisito sanitario, perché l'aggravamento era intervenuto successivamente al deposito della consulenza tecnica in sede di ATP.

2.6. Le prestazioni in favore delle vittime della criminalità organizzata e degli *ex* combattenti.

In merito si segnala **Sez. L, n. 30068/2019, Bellè, Rv. 655863-01** che ha affermato, in conformità a quanto già deciso da Sez. L, n. 26348/2016, Blasutto, Rv. 642249-01, che i benefici combattentistici di cui alla l. n. 336 del 1970, che, ai sensi del suo art. 1, spettano soltanto ai profughi coinvolti in maniera immediata e diretta negli effetti del trattato di pace ed a coloro che a questi profughi sono parificati da apposite leggi, non possono essere riconosciuti ad un pubblico dipendente orfano di un caduto per causa di servizio, né la l. n. 474 del 1958, che, all'art. 5, ha disposto misure perequative in favore dei mutilati ed invalidi per causa di servizio titolari di trattamenti pensionistici e dei loro congiunti, ha introdotto una parificazione permanente ed automatica tra questa categoria e quella dei mutilati ed invalidi di guerra.

La motivazione adottata dalla Corte, attraverso la tecnica del richiamo al precedente conforme *ex* art. 118 disp. att. c.p.c., risiede nella considerazione che l'art. 1 della l. n. 336 cit. vede come destinatari dei benefici ivi previsti i dipendenti pubblici che siano "*ex combattenti, partigiani, mutilati ed invalidi di guerra, vittime civili di guerra, orfani, vedove di guerra o per causa di guerra, profughi per l'applicazione del trattato di pace e categorie equiparate*".

Secondo la Corte l'espressione "categorie equiparate" di cui al predetto art. 1, va intesa come riferita solo alle categorie equiparate per legge a quella dei "profughi per l'applicazione del trattato di pace", ossia l'ultima categoria dell'elenco.

"In effetti, la congiunzione coordinativa "e", pur potendo unire proposizioni sintatticamente equivalenti, nella costruzione del dettato legislativo appare riferibile esclusivamente all'ultima categoria della serie, nel senso che i benefici previsti dal legislatore per gli *ex* combattenti sono estesi alle altre categorie che la stessa legge ha inteso assimilare ai primi e, con specifico riferimento alla categoria dei "profughi per l'applicazione del trattato di pace", alle categorie a questa equiparate per effetto di altre disposizioni legislative.

La costruzione del periodo, in cui la riferita locuzione è conchiusa tra due virgole e prima del verbo ("*....per causa di guerra, profughi per l'applicazione del trattato di pace e*

categorie equiparate, possono chiedere...."), avvalora tale conclusione, portando ad escludere che il riferimento alle "categorie equiparate" valga ad estendersi oltre l'ambito così definito".

Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata ha, invece, ispirato l'affermazione che in tema di benefici a favore delle vittime della criminalità organizzata e dei loro familiari, il requisito dell'estraneità all'ambiente mafioso è necessario per "tutti i soggetti destinatari", dovendosi comprendere nell'espressione anche i familiari delle vittime e i loro superstiti, per effetto del richiamo congiunto compiuto dagli artt. 9 bis e 4 della l. n. 302 del 1990 all'art. 1, commi 1 e 2, della medesima legge, al fine di impedire l'attribuzione di strumenti di solidarietà previsti per le vittime di atti criminosi in favore dei loro autori o di persone ad essi contigue, e risultando in contrasto con l'art. 3 Cost. una richiesta del requisito per le vittime e non anche per i loro familiari o aventi causa (**Sez. L, n. 31136/2019, Tria, Rv. 655903-01**).

2.7. Le misure in favore dei soggetti portatori di disabilità.

Rileva sull'argomento **Sez. L, n. 19580/2019, F. Amendola, Rv. 654502-01** che ha affermato il principio di diritto secondo cui in tema di congedo straordinario *ex* art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, l'assistenza che legittima il beneficio in favore del lavoratore, pur non potendo intendersi esclusiva al punto da impedire a chi la offre di dedicare spazi temporali adeguati alle personali esigenze di vita, deve comunque garantire al familiare disabile in situazione di gravità di cui all'art. 3, comma 3, della l. n. 104 del 1992 un intervento assistenziale di carattere permanente, continuativo e globale nella sfera individuale e di relazione; pertanto, ove venga a mancare del tutto il nesso causale tra assenza dal lavoro ed assistenza al disabile, si è in presenza di un uso improprio o di un abuso del diritto ovvero di una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede sia nei confronti del datore di lavoro che dell'ente assicurativo.

La fattispecie era relativa a lavoratore licenziato perché, in costanza di congedo, volontariamente richiesto per due anni consecutivi, senza frazionamenti pure possibili, si era allontanato dal disabile per un lasso di tempo significativo, soggiornando a molti chilometri di distanza; la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato il recesso privo di giusta causa, senza verificare se tale condotta avesse preservato le finalità primarie dell'intervento assistenziale.

Sez. L, n. 21416/2019, Marotta, Rv. 654680-01 ha deciso che in tema di permessi retribuiti *ex* art. 33, comma 3, della l. n. 104 del 1992, la condizione - cui è assoggettato il relativo diritto - che la persona da assistere, affetta da handicap grave, non sia ricoverata a tempo pieno, non può che intendersi riferita al ricovero presso

strutture ospedaliere o simili (pubbliche o private) che assicurino assistenza sanitaria continuativa, in coerenza con la "ratio" dell'istituto, che è quella di garantire al portatore di handicap grave tutte le prestazioni sanitarie necessarie e richieste dal suo "status", così da rendere superfluo, o comunque non indispensabile, l'intervento del familiare.

Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato per falsa dichiarazione del lavoratore in ordine al requisito del mancato ricovero della madre, alloggiata in una casa di riposo perché la valutazione del giudice di merito sulla veridicità della dichiarazione si era arrestata ad una nozione atecnica di ricovero, senza considerare il livello di assistenza prestato dalla struttura.

2.8. Le prestazioni in materia di igiene e sanità pubblica.

In coerenza con quanto deciso in passato (segnatamente si veda Sez. L., n. 06775/2018, Mancino, Rv. 647648-01) in materia di prestazioni non erogabili dal servizio pubblico ma suscettibili di essere poste a carico del Servizio Sanitario Nazionale, è stata pronunciata un'ordinanza particolarmente articolata e minuziosa nella definizione dei requisiti che devono sussistere affinché di quelle prestazioni si faccia carico il SSN.

Si tratta di **Sez. L, n. 09272/2019, Ghinoy, Rv. 653454-01**, con la quale è stato affermato che, in materia di cure tempestive non erogabili dal servizio pubblico, il diritto alla fruizione di prestazioni sanitarie a carico del Servizio Sanitario Nazionale deve essere riconosciuto contemperando l'elevato livello di protezione della salute umana, garantito dalla Costituzione e dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con i condizionamenti derivanti dalle risorse finanziarie di cui lo Stato dispone per organizzare il Servizio sanitario in favore di un numero quanto più ampio possibile di fruitori, dovendo dunque essere accertato sulla base dei seguenti criteri: a) le prestazioni richieste devono presentare, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, validate da parte della comunità scientifica; b) l'appropriatezza, che impone che vi sia corrispondenza tra la patologia e il trattamento secondo un criterio di stretta necessità, tale da conseguire il migliore risultato terapeutico con la minore incidenza sulla qualità della vita del paziente; c) l'economicità nell'impiego delle risorse, che richiede di valutare la presenza di altre forme di assistenza, meno costose ma di efficacia comparabile, volte a soddisfare le medesime esigenze ed erogabili dalle strutture pubbliche o convenzionate.

In particolare, è stata confermata l'esclusione del diritto all'erogazione gratuita della terapia Dikul, o R.I.C., sulla scorta di risultanze peritali, le quali avevano escluso

sia la presenza di evidenze scientifiche atte a comprovare una maggiore efficacia oggettiva di tale metodo riabilitativo rispetto ai trattamenti ASL, sia che tale metodo avesse in concreto apportato al ricorrente benefici apprezzabilmente migliori rispetto a quelli ottenibili dal S.S.N..

Pressochè in modo analogo il principio era stato affermato anche da Sez. L, n. 07279/2015, Balestrieri, Rv. 635166-01 che, tuttavia, proprio in identica fattispecie (terapia Dikul, o R.I.C.) era pervenuta a conclusioni opposte confermando la decisione di merito che aveva riconosciuto il diritto all'erogazione di tale terapia, essendo stati riscontrati netti miglioramenti nel paziente.

In senso negativo, sempre sulla medesima terapia, si veda Sez. L, n. 18676/2014, A. Manna, Rv. 632878-01.

Con riferimento a cure praticate all'estero presso centri di alta specializzazione e non erogabili dal Servizio Sanitario Nazionale, **Sez. L, n. 19024/2019, Mancino, Rv. 654496-01**, ha ritenuto che, in tema di assistenza sanitaria indiretta, in forza del combinato disposto degli artt. 3, comma 5, della l. n. 595 del 1985, 2 e 5 del d.m. 3 novembre 1989, qualora la prestazione non sia affatto ottenibile in Italia, è consentito il rimborso per spese sanitarie sostenute dal cittadino italiano all'estero presso centri di alta specializzazione qualora, tenuto conto della particolarità del caso clinico, ricorra il presupposto della non differibilità del trattamento sanitario, essendo la "ratio" della normativa funzionale a sopperire alle disfunzioni strutturali del SSN.

La fattispecie ha riguardato un paziente con irreversibile patologia neurologica sottoposto a trattamento riabilitativo praticato solo in un centro di cura austriaco ed in nessun centro italiano.

Sulla questione si era espressa in termini coerenti Sez. L, n. 01391/2018, Boghetich, Rv. 646889-01 ove si è posta l'attenzione, altresì, sulla *“comprovata ed eccezionale gravità e urgenza”* oltre che sull'impossibilità di ottenerle presso centri italiani, *“essendo necessaria l'iscrizione in lista di attesa presso almeno due strutture pubbliche, o convenzionate con il SSN, da un periodo di tempo superiore a quello massimo previsto dal d.m. 24 gennaio 1990 e successive modificazioni”*.

In termini, sui requisiti dell'altissima specializzazione della struttura e della non ottenibilità, in astratto, in Italia, delle cure anche Sez. L, n. 06461/2009, Di Nubila, Rv. 607765-01.

L'esigenza di bilanciamento di contrapposti interessi è stata affermata anche in materia di presupposti per il diritto al contributo regionale per il ricovero in residenza sanitaria assistita.

E' stato sostenuto, infatti, che il diritto a percepire il contributo regionale a sostegno del ricovero in residenza sanitaria assistita è condizionato ad un'utile collocazione in graduatoria, il cui scopo non è quello di consentire l'accesso alla residenza, ma piuttosto di graduare i bisogni delle persone non autosufficienti e le

loro possibilità economiche ai fini del rimborso, così rispondendo a criteri di appropriatezza ed efficienza dell'azione amministrativa e di solidarietà tra i cittadini, oltre che di rispetto dei vincoli di bilancio, senza che ciò comporti una lesione del diritto alla salute, in quanto il diritto alle prestazioni sanitarie gratuite risulta condizionato dalla limitatezza delle disponibilità finanziarie.

Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva negato ad un'assistita il diritto al rimborso delle spese sostenute nel periodo in cui, pur accertata la condizione di non autosufficienza ed essendo stata ammessa al ricovero, era stata collocata in lista di attesa ai fini dell'erogazione del contributo (**Sez. L, n. 17997/2019, Mancino, Rv. 654480-01**).

Sulla legittimità del sistema della graduatoria anche Sez. L, n. 14642/2010, Curzio, Rv. 613565-01.

3. Le prestazioni in favore dei cittadini stranieri.

Rimandando all'approfondimento tematico sull'intervenuta rimessione alla Corte di Giustizia UE di alcune questioni relative al riconoscimento dell'assegno per il nucleo familiare in presenza di specifiche situazioni, quali il temporaneo soggiorno all'estero dei familiari, si segnalano le seguenti decisioni con le quali la Corte si è pronunciata delineando i presupposti per il riconoscimento dell'assegno sociale e dell'indennità di maternità.

In particolare, è stato deciso che lo straniero extracomunitario ha diritto al riconoscimento dell'assegno sociale di cui all'art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995, alla sola condizione del possesso della carta di soggiorno a tempo indeterminato, ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, senza che sia necessaria anche la residenza anagrafica in Italia (**Sez. L, n. 15170/2019, Mancino, Rv. 654103-01**).

In altra decisione è stato affermato che lo straniero extracomunitario ha diritto al riconoscimento dell'assegno sociale di cui all'art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995, alla condizione del possesso della carta di soggiorno a tempo indeterminato - ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo - nonché, a decorrere dal 1° gennaio 2009, per effetto dell'art. 20, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, del soggiorno legale, in via continuativa, per almeno dieci anni, nel territorio nazionale, senza che tale requisito possa essere considerato quale limite alla libertà di circolazione di cui agli artt. 16, comma 2, Cost., 21 e 45 del T.F.U.E., perché non implica alcun divieto violativo della libera scelta del singolo e si sostanzia in un radicamento territoriale che non si identifica con la assoluta, costante ed ininterrotta permanenza sul territorio nazionale (**Sez. L, n. 16989/2019, Fernandes, Rv. 654380-01**).

La seconda decisione si segnala per avere evidenziato le condizioni necessarie per l'ottenimento della prestazione e della conformità ai parametri costituzionali ed europei del requisito della continuità della permanenza sul territorio nazionale.

Si tratta di requisito introdotto con il d.l. n. 112 del 2008, conv. dalla l. n. 133 del 2008 (cfr. par. 11 e 12 della sentenza), non esaminato dalla prima sentenza n. 15170/2019, depositata il 4 giugno 2019, che riguarda il periodo precedente al 1 gennaio 2009, per come emerge dalla motivazione, con particolare riguardo ai parr. 16 e 17, e si è soffermata, più precisamente, sulla non necessità del requisito della residenza anagrafica in Italia (aspetto sul quale la seconda decisione non è stata chiamata ad intervenire).

In tema di indennità di maternità *ex art.* 75 del d.lgs. n. 151 del 2001 è stato deciso che costituisce atto di discriminazione in ragione della nazionalità il diniego della prestazione previdenziale ai cittadini di Paesi terzi per mancato possesso della carta di soggiorno, come emerge dalla lettura congiunta degli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286 del 1998 e delle fonti sovranazionali in materia (**Sez. L, n. 14073/2019, Calafiore, Rv. 653970-01**).

Sul congedo parentale da parte del padre adottivo del minore straniero, **Sez. L, n. 14678/2019, Calafiore, Rv. 653983-01**, ha chiarito che ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 151 del 2001, non può essere fruito prima dell'ingresso del minore nel territorio nazionale dello Stato italiano, poiché solo dopo tale evento avviene il definitivo ingresso del minore in famiglia, cui lo stesso art. 36 ricollega la decorrenza del periodo temporale per la fruizione del congedo.

Il principio secondo cui la mancata concessione, ai cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo in Italia, dell'assegno per il nucleo familiare, previsto dall'art. 65 della l. n. 448 del 1998, per il periodo precedente all'1 luglio 2013, costituisce discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità, per violazione del principio di parità in materia di assistenza sociale e protezione sociale, in relazione alle prestazioni essenziali, previsto dalla direttiva 2003/109/CE ed attuato dall'art. 13, comma 1, della l. n. 97 del 2013, risalente a Sez. L-, n. 11165/2017, *Riverso*, Rv. 644231-02 è stato ribadito da **Sez. L, n. 28745/2019, Calafiore, Rv. 655612-02**.

Inoltre va ricordato che **Sez. L, n. 28745/2019, Calafiore, Rv. 655612-01** ha dato continuità all'orientamento secondo cui nelle discriminazioni collettive in ragione del fattore della nazionalità, *ex artt.* 2 e 4 del d.lgs. n. 215 del 2003 ed art. 43 del d.lgs. n. 286 del 1998, sussiste la legittimazione ad agire in capo alle associazioni ed agli enti previsti dall'art. 5 del d.lgs. n. 215 del 2003 (*Sez. L, n. 11165/2017, Riverso*, Rv. 644231-01),

4. L'indebito previdenziale.

Sez. 6-L, n. 08731/2019, Cavallaro, Rv. 653391-01, ha delineato il concetto di “dolo dell'assicurato” che esclude la limitazione della disciplina dell'indebito previdenziale evidenziando i casi in cui è rilevante anche il semplice silenzio.

In particolare, ha deciso che il dolo dell'assicurato, idoneo ad escludere l'applicazione delle norme che limitano la ripetibilità delle somme non dovute, in deroga alla regola generale di cui all'art. 2033 c.c., pur non potendo presumersi sulla base del semplice silenzio, che di per sé stesso, non ha valore di causa determinante in tutti i casi in cui l'erogazione indebita non sia imputabile al percipiente, è configurabile nelle ipotesi di omessa o incompleta segnalazione di circostanze incidenti sul diritto o sulla misura della pensione, che non siano già conosciute o conoscibili dall'ente competente.

Nella specie, il pensionato aveva omesso di segnalare l'evidente discrasia tra lo stipendio percepito in costanza di lavoro e la pensione, provvisoriamente liquidata in misura quasi pari al doppio del primo.

La Corte (richiamando proprie precedenti decisioni anche del 2018 - Sez. L, n. 27096/2018, Bellè, Rv. 651253-01 e Sez. L, n. 01919/2018, Cavallaro, Rv. 647242-01) è partita dalla premessa che nell'indebito previdenziale, il dolo non opera nel momento di formazione della volontà negoziale, bensì nella fase esecutiva, riguardando un fatto causativo della cessazione dell'obbligazione di durata che non è noto all'ente debitore, dal quale ultimo, in ragione del numero relevantissimo di rapporti di cui è titolare passivo, non si può ragionevolmente pretendere che si attivi per prendere conoscenza della situazione personale e patrimoniale dei creditori senza la collaborazione attiva di ciascuno di essi e che il dolo del pensionato, pur non potendo aprioristicamente considerarsi presunto sulla base del semplice silenzio, deve tuttavia ritenersi sussistente allorché questi abbia disatteso l'obbligo legale di comunicare all'INPS determinate circostanze rilevanti ai fini della sussistenza e della misura del diritto a pensione; obbligo legale che trova la sua consacrazione nell'art. 13, comma 1, della l. n. 412 del 1991.

Ai fini della ripetizione dell'indebito previdenziale per sopravvenuta mancanza del requisito reddituale, ai sensi dell'art. 13, comma 2, della l. 30 dicembre n. 412, **Sez. 6-L, n. 15039/2019, Cavallaro, Rv. 654138-01**, ha ribadito, richiamando espressamente Sez. L, n. 03215/2018, D'Antonio, non massimata, e Sez. L, n. 00953/2012, La Terza, Rv. 620200-01, che non è previsto l'accertamento del dolo dell'assicurato o l'esistenza di un provvedimento dell'INPS di attribuzione del bene della vita oggetto di recupero, ma rileva soltanto la tempestività della richiesta di ripetizione dell'Istituto rispetto alla comunicazione, da parte del pensionato, dei dati

rilevanti ai fini della verifica annuale della persistenza delle condizioni legittimanti l'erogazione del trattamento pensionistico.

Sez. L, n. 03802/2019, Bellè, Rv. 652884-01 ha precisato che in tema di indebito previdenziale, l'art. 13, comma 2, della l. n. 412 del 1991, si interpreta nel senso che l'INPS deve procedere alla verifica nell'anno civile in cui ha avuto conoscibilità dei redditi maturati dal percettore di una data prestazione e che, entro l'anno civile successivo a quello destinato alla verifica, deve procedere, a pena di decadenza, al recupero dell'eventuale indebito.

Una interessante precisazione è stata compiuta da **Sez. L, n. 31373/2019, Mancino, Rv. 655992-01** ove si è chiarito che in caso di indebita percezione dell'indennità di mobilità, non può trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 52 della l. n. 88 del 1989 - secondo cui, in caso di errore di qualsiasi natura in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della prestazione, non si fa luogo al recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato -, poiché la predetta disposizione, che ha natura di norma eccezionale ed è perciò insuscettibile di interpretazione analogica, riguarda esclusivamente le prestazioni pensionistiche e non quelle previdenziali, cui è riconducibile la predetta indennità.

Va segnalato l'interessante pronunciamento in punto di applicabilità delle regole procedurali di cui alla l. n. 241 del 1990 ai provvedimenti assunti dall'INPS ai fini del disconoscimento delle prestazioni previdenziali o dei requisiti per l'assicurazione per determinati eventi (nel caso di specie disoccupazione agricola) ovvero per la costituzione del rapporto previdenziale.

Sez. L, n. 31954/2019, Cavallaro, Rv. 656530 – 01, ha diffusamente argomentato la soluzione negativa evidenziando *“la natura meramente ricognitiva del procedimento amministrativo preordinato all'accertamento, alla liquidazione e all'adempimento delle prestazioni previdenziali in favore dell'assicurato”* dalla quale discende che la mancata osservanza delle regole del procedimento ex l. n. 241 del 1990, così come dei precetti di buona fede e correttezza, non influisce sul rapporto obbligatorio avente ad oggetto la prestazione, in quanto *“il rapporto giuridico previdenziale, nascendo ex lege al verificarsi dei requisiti previsti, è interamente devoluto alla cognizione del giudice ordinario, non operando in proposito i divieti riconducibili alla previsione dell'art. 4, l. n. 2248/1865, all. E”* con la conseguenza che *“stante l'indifferenza del procedimento amministrativo rispetto alla consistenza della sua situazione soggettiva, l'assicurato non può, in difetto dei fatti costitutivi della relativa obbligazione, fondare la pretesa giudiziale di pagamento della prestazione previdenziale su eventuali disfunzioni procedurali addebitabili all'istituto o su una carente o insufficiente motivazione del provvedimento di diniego della prestazione, potendo semmai in tali casi, ricorrendone in concreto i presupposti, far valere il proprio diritto al risarcimento dei danni eventualmente cagionatigli dal comportamento dell'istituto medesimo”*.

La Corte si è così dichiaratamente posta in continuità con quanto già deciso da Sez. L, n. 20604/2014, Balestrieri, Rv. 632624-01 e, ancora prima, da Sez. L, n. 02804/2003, Picone, Rv. 560694-01.

5. L'indebito assistenziale.

Sul punto **Sez. L, n. 26036/2019, Ghinoy, Rv. 655396-01**, ha deciso che l'indebito assistenziale determinato dalla sopravvenuta carenza del requisito reddituale, in assenza di norme specifiche che dispongano diversamente, è ripetibile solo a partire dal momento in cui intervenga il provvedimento che accerta il venir meno delle condizioni di legge, e ciò a meno che non ricorrano ipotesi che escludano qualsivoglia affidamento dell'"accipiens", come nel caso di erogazione di prestazioni a chi non abbia avanzato domanda o non sia parte di un rapporto assistenziale o di radicale incompatibilità tra beneficio ed esigenze assistenziali o, infine, di dolo comprovato.

Nel motivare la decisione la Corte ha operato un richiamo al precedente costituito da Sez. L, n. 28771/2018, Bellè, Rv. 651691-01 che ha affermato il principio secondo il quale l'indebito assistenziale determinato dal venir meno, in capo all'avente diritto, dei requisiti reddituali previsti dalla legge abilita l'ente erogatore alla ripetizione delle somme versate solo a partire dal momento in cui è stato accertato il superamento dei predetti requisiti, a meno che non si provi che l'"accipiens" versasse in dolo rispetto a tale condizione (come ad esempio allorquando l'incremento reddituale fosse talmente significativo da rendere inequivocabile il venire meno dei presupposti del beneficio), trattandosi di coefficiente soggettivo idoneo a far venir meno l'affidamento alla cui tutela sono preposte le norme limitative della ripetibilità dell'indebito.

Ha altresì messo in evidenza la specificità della disciplina segnalando come “*il regime dell'indebito previdenziale ed assistenziale presenta tratti eccentrici rispetto alla regola della ripetibilità propria del sistema civilistico e dell'art. 2033 c.c., in ragione dell' «affidamento dei pensionati nell'irripetibilità di trattamenti pensionistici indebitamente percepiti in buona fede» in cui le prestazioni pensionistiche, pur indebite, sono normalmente destinate «al soddisfacimento di bisogni alimentari propri e della famiglia» (Corte Costituzionale 13 gennaio 2006, n. 1), con disciplina derogatoria che individua «alla luce dell'art. 38 Cost. – un principio di settore, che esclude la ripetizione se l'erogazione (...) non sia (...) addebitabile» al percettore (Corte Costituzionale 14 dicembre 1993, n. 431)».*

Sez. 6-L, n. 10642/2019, Cavallaro, Rv. 653627-01, ha invece ritenuto che in tema di indebito assistenziale, la violazione, ad opera del titolare della prestazione, dell'obbligo di comunicazione all'INPS della situazione reddituale rilevante ai fini del

diritto alla percezione della predetta prestazione, esclude la sussistenza di un affidamento idoneo a giustificare l'irripetibilità dell'indebito.

Per l'ipotesi della mancanza del requisito della incollocazione al lavoro e di assenza di un provvedimento amministrativo di revoca **Sez. L, n. 31372/2019, Mancino, Rv. 655991-01**, ha deciso che trovano applicazione le norme sull'indebito assistenziale, speciali rispetto alla disposizione di cui all'art. 2033 c.c., le quali fanno riferimento alla mancanza dei requisiti di legge in via generale - limitando la restituzione ai soli ratei indebitamente erogati a decorrere dalla data del provvedimento che accerta che il beneficio assistenziale non era dovuto e che va esclusa, in difetto di un provvedimento amministrativo di revoca, la ripetibilità di dette prestazioni, essendo irrilevante l'assenza di buona fede dell'"accipiens".

Infine, **Sez. 6-L, n. 34013/2019, Ponterio, Rv. 656314 - 01**, quanto alla decorrenza della ripetizione dei ratei di prestazioni assistenziali indebitamente erogate, ha dato continuità ad un consolidato orientamento della Corte di cassazione secondo cui, con riferimento alla revoca delle prestazioni assistenziali in favore degli invalidi civili, alla stregua della disciplina via via succedutasi nel tempo a partire dall'art. 11, comma 4, della l. n. 537 del 1993 (art. 4, comma 3 ter, del d.l. n. 323 del 1996, conv. dalla l. n. 425 del 1996, art. 37, comma 8, della l. n. 448 del 1998) - disciplina alla quale rimane estranea la disposizione meramente "regolamentare" dettata dall'art. 5, comma 5, del d.P.R. n. 698 del 1994 avente ad oggetto l'articolazione del relativo procedimento - deve ritenersi che la ripetizione delle prestazioni previdenziali indebitamente erogate operi dalla data di accertamento amministrativo dell'inesistenza dei requisiti sanitari, senza che possa rilevare - in mancanza di una norma che disponga in tal senso - il mancato rispetto, da parte dell'amministrazione, dell'obbligo di sospendere i pagamenti e di emanare il formale provvedimento di revoca entro termini prefissati; nè il sistema normativo così interpretato può essere ritenuto non rispettoso dell'art. 38 Cost., essendo ragionevole che la data dell'accertamento amministrativo, ancorché precedente il formale atto di revoca, determini la fine dell'affidamento dell'assistito nella definitività dell'attribuzione patrimoniale ricevuta (conformi Sez. L, n. 16260/2003, Figurelli, Rv. 567796-01 e Sez. L, n. 12139/2005, D'Agostino, Rv. 581759 - 01).

CAPITOLO XXIII

LA TUTELA INAIL

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Le malattie professionali - 2. Gli infortuni sul lavoro - 3. La revisione della rendita - 4. I contributi assicurativi INAIL - 5. L'azione di regresso.

1. Le malattie professionali.

Circa il valore probatorio da assegnare all'elenco delle malattie di cui all'art. 139 del d.P.R. n. 1124 del 1965 in punto di accertamento concreto dell'eziologia professionale della malattia, è stato affermato che l'elenco delle malattie oggetto di denuncia obbligatoria previsto dall'art. 139 del d.P.R. n. 1124 del 1965, come integrato dall'art. 10 del d.lgs. n. 38 del 2000, non amplia il catalogo delle patologie tabellate, con la conseguenza che gli elenchi succedutisi nel tempo in relazione alla citata disposizione assumono valore probatorio vario, in relazione all'intensità probabilistica del nesso eziologico accertato dalla commissione scientifica, ma sempre nel quadro di una concreta verifica probatoria il cui onere incombe sull'assicurato (**Sez. 6-L, n. 22837/2019, Spena, Rv. 654881-01**).

Si tratta di un orientamento che conferma quanto già sostenuto da Sez. L, n. 13868/2012, De Marzo, Rv. 623366-01 e che rafforza la tesi della giurisprudenza che assegna alle sole malattie tabellate l'eziologia professionale presunta.

Sez. U, n. 11928/2019, Garri, Rv. 653792-01, ha risolto il contrasto insorto nella giurisprudenza delle sezioni semplici (Sez. L, n. 15733/2013, Berrino, Rv. 626941-01 e Sez. L, n. 00211/2015, F. Amendola, Rv. 634045-01) sulla durata della sospensione di cui all'art. 111 del d.P.R. n. 1124 del 1965 con particolare riguardo al quesito: *“se...accanto all'effetto sospensivo per 150 giorni complessivi (come affermato dal più recente orientamento di legittimità), la domanda di prestazione all'INAIL acquisti anche un effetto conservativo che perdura fino all'esito del procedimento amministrativo (riconosciuto dalla sentenza delle Sez. u. n. 783/1999)”*.

Le Sezioni Unite hanno affermato che il termine di prescrizione triennale dell'azione per il riconoscimento delle prestazioni da infortunio sul lavoro e malattie professionali, di cui all'articolo 112 del d.P.R. n. 1124 del 1965, resta sospeso, ex art. 111, comma 2, dello stesso d.P.R., per tutta la durata del procedimento amministrativo di liquidazione delle indennità e fino all'adozione di un provvedimento di accoglimento o di diniego da parte dell'istituto assicuratore; ne consegue che il decorso dei termini per la liquidazione previsti dall'art. 111, comma 3, del d.P.R. n. 1124 del 1965, non determina la cessazione della sospensione della

prescrizione, ma rimuove la condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, dando facoltà all'assicurato di agire in giudizio a tutela della posizione giuridica soggettiva rivendicata.

Sez. L, n. 24880/2019, Marchese, Rv. 655315-01 ha fissato il principio di diritto secondo cui la liquidazione del danno biologico, ai fini della tutela dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, pur in presenza della stessa menomazione dell'integrità psico-fisica, non può essere effettuata con i medesimi criteri valevoli in sede civilistica, in quanto in ambito previdenziale vanno obbligatoriamente osservate le tabelle di cui al d.m. del 12 luglio 2000, secondo quanto disposto dall'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, perseguendo le due liquidazioni fini propri e diversi.

Nel caso specifico, la Corte ha confermato la sentenza di merito che, applicando i criteri di cui al d.m. 12 luglio 2000, aveva ridotto la percentuale di invalidità permanente, quantificata dal C.T.U. al 10%, a misura inferiore al 6%, così escludendo l'operatività della tutela di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965.

Sulla necessità di valutare le menomazioni rilevanti ai fini del riconoscimento della rendita per malattia professionale esclusivamente alla luce delle tabelle citate, si erano espresse anche Sez. L, n. 11940/2008, Amoroso, Rv. 603263-01 e Sez. 6-L, n. 13574/2014, Pagetta, Rv. 631464-01.

2. Gli infortuni sul lavoro.

Sez. L, n. 07649/2019, Ghinoy, Rv. 653410-01, si è soffermata sulla questione della nozione di rischio elettivo affermando che, in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, il rischio elettivo, che delimita l'ambito della tutela assicurativa, è riferito al comportamento del lavoratore e si connota per il simultaneo concorso dei seguenti elementi: a) presenza di un atto volontario ed arbitrario, ossia illogico ed estraneo alle finalità produttive; b) direzione di tale atto alla soddisfazione di impulsi meramente personali; c) mancanza di nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa.

La fattispecie esaminata ha avuto riguardo al caso di infortunio occorso ad un lavoratore che, anziché seguire il percorso usuale per ispezionare le valvole di alcune vasche, si era introdotto all'interno di un cantiere non appartenente alla società datrice, dal quale le valvole potevano comunque essere viste e, mentre le stava esaminando, era caduto in una cisterna; infortunio ritenuto indennizzabile.

Le diverse definizioni, di volta in volta, date dalla giurisprudenza di legittimità in merito al rischio elettivo hanno evidenziato l'arbitrarietà e l'abnormità delle scelte del lavoratore quale requisito per la configurazione della fattispecie.

Così, si è fatto riferimento a *“condotta personalissima del dipendente, intrapresa volontariamente e per motivazioni personali, al di fuori delle attività lavorative ed in modo da interrompere il nesso eziologico tra prestazione e attività assicurata”* (Sez. L, n. 16026/2018, Bellè, Rv. 649356-02), al *“contegno abnorme, inopinabile ed esorbitante rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive ricevute, così da porsi come causa esclusiva dell'evento e creare condizioni di rischio estranee alle normali modalità del lavoro da svolgere”* (Sez. L, Sentenza n. 00798/2017, f. Manna, Rv. 642508-02) ed, infine, a *“tutto ciò che sia estraneo e non riguardante l'attività lavorativa e dovuto ad una scelta arbitraria del lavoratore”* (Sez. L, n. 17917/2017, Rivero, Rv. 645001-01).

Si sono registrate, inoltre, alcune interessanti decisioni in tema di danno differenziale.

Sez. L, n. 09112/2019, Boghetich, Rv. 653452-01, ha deciso che in tema di danno cd. differenziale, la diversità strutturale e funzionale tra l'erogazione INAIL *ex art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000* ed il risarcimento del danno secondo i criteri civilistici non consente di ritenere che le somme versate dall'istituto assicuratore possano considerarsi integralmente soddisfattive del pregiudizio subito dal soggetto infortunato o ammalato, con la conseguenza che il giudice di merito, dopo aver liquidato il danno civilistico, deve procedere alla comparazione di tale danno con l'indennizzo erogato dall'INAIL secondo il criterio delle poste omogenee, tenendo presente che detto indennizzo ristora unicamente il danno biologico permanente e non gli altri pregiudizi che compongono la nozione pur unitaria di danno non patrimoniale; pertanto, occorre dapprima distinguere il danno non patrimoniale dal danno patrimoniale, comparando quest'ultimo alla quota INAIL rapportata alla retribuzione e alla capacità lavorativa specifica dell'assicurato; successivamente, con riferimento al danno non patrimoniale, dall'importo liquidato a titolo di danno civilistico vanno espunte le voci escluse dalla copertura assicurativa (danno morale e danno biologico temporaneo) per poi detrarre dall'importo così ricavato il valore capitale della sola quota della rendita INAIL destinata a ristorare il danno biologico permanente.

Nella fattispecie la Corte ha cassato con rinvio la sentenza di merito che, pur accogliendo il criterio della comparazione tra poste omogenee, non aveva liquidato il danno per invalidità temporanea ed aveva calcolato il danno differenziale detraendo il valore della rendita dall'importo-base spettante a titolo di danno biologico, senza riconoscere la maggiorazione dovuta alla personalizzazione del danno stesso.

Sez. L, n. 08580/2019, Ponterio, Rv. 653211-01, ha preso in considerazione il profilo relativo alle modifiche del sistema di calcolo del danno introdotte con la l. n. 145 del 2018 affermando che le modifiche dell'art. 10 del d. P.R. n. 1124 del 1965, introdotte dalla l. n. 145 del 2018, di natura innovativa e non meramente interpretativa, non si applicano agli infortuni sul lavoro verificatisi ed alle malattie professionali denunciate prima del primo gennaio 2019.

In materia di rapporto tra la responsabilità del datore di lavoro per violazione degli obblighi informativi e concorso di colpa del lavoratore, è significativo quanto deciso da **Sez. L, n. 30679/2019, Bellè, Rv. 655882-02**, nel senso che in tema di infortuni sul lavoro, qualora il comportamento del lavoratore che ha determinato l'evento dannoso sia scaturito dall'inosservanza, da parte del datore di lavoro, di specifici doveri informativi o formativi rispetto all'attività da svolgere, tali da rendere altamente presumibile che, ove quegli obblighi fossero stati assolti, l'infortunio non vi sarebbe stato, non è possibile addossare al lavoratore l'ignoranza delle circostanze che dovevano essere oggetto di informativa o di formazione, al fine di fondare una colpa idonea a concorrere con l'inadempimento datoriale e tale da ridurre, ai sensi dell'art. 1227 c.c., la misura del risarcimento dovuto.

Significativa l'ulteriore massima ricavata dalla stessa sentenza, **Rv. 655882-01**, laddove è stato specificato che in materia di infortuni sul lavoro, al di fuori dei casi di rischio elettivo, nei quali la responsabilità datoriale è esclusa, qualora ricorrano comportamenti colposi del lavoratore, trova applicazione l'art. 1227, comma 1, c.c., tuttavia, la condotta incauta del lavoratore non comporta un concorso idoneo a ridurre la misura del risarcimento ogni qual volta la violazione di un obbligo di prevenzione da parte del datore di lavoro sia munita di incidenza esclusiva rispetto alla determinazione dell'evento dannoso; in particolare, tanto avviene quando l'infortunio si sia realizzato per l'osservanza di specifici ordini o disposizioni datoriali che impongano colpevolmente al lavoratore di affrontare il rischio, quando l'infortunio scaturisca dall'integrale impostazione della lavorazione su disposizioni illegali e gravemente contrarie ad ogni regola di prudenza o, infine, quando vi sia inadempimento datoriale rispetto all'adozione di cautele, tipiche o atipiche, concretamente individuabili, nonché esigibili *ex ante* ed idonee ad impedire, nonostante l'imprudenza del lavoratore, il verificarsi dell'evento dannoso.

3. La revisione della rendita.

Merita di essere segnalata **Sez. 6-L, n. 30879/2019, Rivero, Rv. 655901-01** ove è stato sostenuto il principio che il diritto alla rendita erogata dall'INAIL in favore dei superstiti, ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. n. 1124 del 1965, non è condizionato dal fatto che l'aggravamento della malattia che ha cagionato la morte del lavoratore sia avvenuto entro i termini fissati dall'art. 137 del cit. d.P.R. per la revisione della rendita erogata al "de cuius", atteso che tale istituto è diretto all'adeguamento della rendita goduta in vita dal lavoratore, da non confondersi con la rendita ai superstiti, che, quale prestazione autonoma spettante iure proprio agli eredi, prescinde sia dalla circostanza che per quello stesso evento fosse già stata costituita la rendita in favore

del lavoratore deceduto, sia dal fatto che tale rendita fosse stata adeguata in relazione all'aggravamento che ha cagionato la morte.

4. I contributi assicurativi INAIL.

In tema di denuncia ai sensi dell'art. 12 d.P.R. n. 1124 del 1965 ai fini della riduzione del premio per c.d. continuità aziendale, **Sez. L, n. 21562/2019, Ghinoy, Rv. 654819-01**, ha affermato che, in tema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, anche relativamente ai presupposti per la riduzione del premio per cd. continuità aziendale, la denuncia dei lavori, alla quale il datore di lavoro è tenuto ai sensi dell'art. 12, comma 1, del d.P.R. n. 1124 del 1965, e quella di modificazione del rischio, prevista dal successivo comma 3, non costituiscono una manifestazione negoziale di volontà ma una dichiarazione di scienza che implica l'assunzione, da parte del dichiarante, di un impegno circa la veridicità di quanto affermato e, salvo il potere di controllo dell'istituto assicuratore, rende legittima l'imposizione contributiva ad essa corrispondente; siffatta dichiarazione, ove sia il risultato di un errore, può essere rettificata dallo stesso datore di lavoro, ma la rettifica deve avvenire mediante la presentazione di altra denuncia nelle forme di cui al citato art. 12, recante la prova dell'asserita discordanza e senza la possibilità di ripetere le somme corrisposte in eccesso rispetto a quelle dovute, neanche sulla base dell'azione generale di arricchimento *ex* art. 2041 c.c..

Circa la ripartizione dell'onere della prova dell'azione di ripetizione di un eventuale indebito versamento di premi all'INAIL, **Sez. L, n. 21563/2019, Ghinoy, Rv. 654820-01**, ha ribadito che in tema di criteri per la determinazione del premio per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, il datore di lavoro che, pur in presenza di oneri effettivamente sostenuti dall'I.N.A.I.L. per l'erogazione di prestazioni assicurative ai lavoratori dell'azienda, per un ammontare tale da implicare oscillazione in aumento del tasso specifico aziendale, assuma di essere tenuto al versamento di un premio di importo inferiore a quello preteso dall'Istituto stesso, postula necessariamente la giuridica inefficacia, nei propri confronti, del fatto costitutivo di siffatta pretesa, solo in tal guisa potendo sottrarsi alle obbligazioni nascenti dal rapporto di assicurazione e dalla specifica disciplina della determinazione dei premi.

Ne consegue, in applicazione dei criteri di distribuzione dell'onere della prova dettati dall'art. 2697 c.c., che incombe al datore di lavoro l'onere di fornire al giudice la dimostrazione dei fatti sui quali fonda la propria eccezione o la propria domanda.

Si tratta del progressivo consolidarsi dell'orientamento già affermato da Sez. L, n. 17781/2004, Celentano, Rv. 576668-01 e, ancora prima, da Sez. L, n. 00778/1995, Evangelista, Rv. 489879-01.

Alcune decisioni si sono occupate dei criteri di determinazione dei premi nel caso di datori di lavoro impegnati in lavorazioni complesse ovvero anche in operazioni complementari e sussidiarie.

Per la prima ipotesi, **Sez. L, n. 21426/2019, Berrino, Rv. 655006-01**, ha dato continuità al precedente di Sez. L, n. 01277/2000, Servello, Rv. 533502-01, enunciando il principio per cui, con riguardo alla determinazione del premio dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro secondo il sistema delle tariffe contributive approvate con decreto ministeriale, caratterizzato dalla classificazione tecnica di lavorazioni suddivise in gruppi, il rischio di infortuni (al quale è riferito il tasso di contribuzione) proprio di una produzione complessa, comprendente più lavorazioni, non può coincidere con quello proprio di ciascuna di esse. Ne consegue che per l'individuazione della voce di tariffa applicabile ci si deve riferire alla lavorazione principale, considerando che nel concetto di "lavorazione" vanno comprese le operazioni complementari e sussidiarie svolte dal datore di lavoro in connessione operativa con l'attività principale, anche se effettuate in luoghi diversi.

Si tratta di fattispecie in cui la Corte ha confermato sul punto la sentenza impugnata che aveva rilevato come, alla luce del d.m. 12 dicembre 2000, fosse da escludere il carattere autonomo dell'attività di conta del denaro rispetto a quelle principali di vigilanza, custodia e trasporto dei valori, senza che potesse assumere rilievo la circostanza che tale specifica attività, proprio perché complementare, non fosse contemplata tra le voci elencate in tariffa.

Per la seconda, rileva quanto deciso da **Sez. L, n. 03311/2019, D'Antonio, Rv. 652867-01**, secondo cui ai fini della classificazione delle lavorazioni per la determinazione dei premi dovuti dalle imprese all'INAIL per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, qualora un datore di lavoro eserciti più lavorazioni tra loro autonome, ciò non è di per sé sufficiente a rendere applicabile per ciascuna di esse la corrispondente voce di tariffa e il relativo tasso medio, ai sensi dell'art. 6 del d.m. 12 dicembre 2000, essendo sempre necessario verificare, anche se tra le due linee di lavorazione svolte dal medesimo datore di lavoro vi sia un nesso funzionale, che renda l'una complementare e sussidiaria rispetto all'altra, con conseguente applicazione a entrambe della voce di tariffa prevista per l'attività principale, come stabilito dall'art. 4 del d.m. citato.

La fattispecie era relativa ad un'impresa dotata di due linee produttive autonome: l'una relativa alla ghisa e all'acciaio, l'altra al carbone coke.

La Corte ha cassato la sentenza d'appello, che si era limitata a constatare la previsione nella tariffa della produzione di carbone coke come lavorazione autonoma, senza tuttavia valutare se la stessa fosse connessa funzionalmente al ciclo di operazioni necessario per la lavorazione principale di produzione di ghisa e acciaio.

Sez. L, n. 09269/2019, Fernandes, Rv. 653453-01, ha confermato che in tema di accertamento e riscossione dei contributi previdenziali, la sospensione della prescrizione prevista dall'art. 38, comma 7, della l. n. 289 del 2002 non può essere estesa ai casi di omissione contributiva accertata a seguito di accertamento ispettivo, ma opera limitatamente ai contributi dovuti per l'anno 1998, quali risultanti dall'estratto contributivo inviato a ogni assicurato ai sensi dell'art. 1, comma 6, della l. n. 335 del 1995; detta sospensione concerne infatti il termine connesso alla denuncia che il lavoratore destinatario dell'estratto può presentare allo scopo di raddoppiare i termini prescrizionali di cui all'art. 3, comma 9, della l. n. 335 del 1995 ed è stata introdotta per ovviare agli inconvenienti derivanti dai ritardi nell'accredito della contribuzione per l'anno 1998, a seguito dell'istituzione dell'obbligo di presentazione, per opera dell'art. 4 del d.lgs. n. 241 del 1997, della dichiarazione unica modello 770 anche ai fini dei contributi dovuti all'Inps e dei premi dovuti all'INAIL; la continuità, in questo caso, riguarda Sez. L, n. 21058/2017, Cavallaro, Rv. 645610-01.

Sez. L, n. 25679/2019, Ghinoy, Rv. 655389-01, ha deciso la questione relativa alla responsabilità solidale del committente *ex* art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, nella versione anteriore alle novelle del 2012 ed ha affermato che essa ha ad oggetto i premi INAIL, dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, anche per il periodo anteriore all'entrata in vigore del d.l. n. 5 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 35 del 2012.

Sez. L, n. 04806/2019, Calafiore, Rv. 652891-01, ha consolidato quanto già affermato in Sez. L, n. 25024/2011, Tricomi, Rv. 619826-01 ribadendo il principio secondo cui in tema di omissioni contributive, l'ente previdenziale, nella specie l'INAIL, ancorché abbia già ottenuto un titolo esecutivo giudiziale, può esperire la procedura di riscossione mediante iscrizione a ruolo ed emanazione della relativa cartella esattoriale *ex* d.lgs. n. 46 del 1999, in quanto nessuna norma impedisce tale scelta, né contempla sanzioni sul piano della validità della cartella esattoriale, senza che assuma rilievo il principio del "ne bis in idem", non implicando il ricorso alla procedura citata la richiesta di un nuovo accertamento della pretesa creditoria.

5. L'azione di regresso.

Sez. 3, n. 13587/2019, Fiecconi, Rv. 654195-01, in punto di prova del credito dell'INAIL, ha deciso che nel giudizio di regresso intentato nei confronti del datore di lavoro, sebbene l'attestazione del direttore della sede erogatrice costituisca prova privilegiata dell'indennità corrisposta dall'INAIL al lavoratore, quale atto amministrativo assistito dalla relativa presunzione di legittimità, non può escludersi che le parti possano offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie

sino a che non sia chiusa la fase del contraddittorio; allo stesso modo, la natura di prova privilegiata vale fino alla chiusura della fase del contraddittorio, quindi fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, e ciò anche nel giudizio di impugnazione, con la conseguente inammissibilità, per tardività, della produzione della relativa documentazione soltanto a corredo della comparsa conclusionale, a garanzia del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e di quello di ragionevole durata del processo *ex art. 111 Cost.*

Sez. 6-1, n. 11324/2019, Campese, Rv. 653706-01, ha delineato le differenze tra l'azione di surrogazione dell'INAIL *ex art. 1916 c.c.* e quella di regresso *ex artt. 10 e 11 del d.P.R. n. 1124 del 1965* precisando, sul punto, che con la prima l'INAIL agisce contro i terzi responsabili, estranei al rapporto assicurativo, per il rimborso delle indennità corrisposte all'infortunato o ai suoi superstiti azionando il diritto al risarcimento del danno spettante all'assicurato, mentre con la seconda, agendo contro il datore di lavoro che debba rispondere penalmente delle lesioni o che sia civilmente responsabile dell'operato di un soggetto del quale sia accertata con sentenza la responsabilità, fa valere in giudizio un proprio diritto che origina dal rapporto assicurativo.

La Corte ha così qualificato come azione in surrogazione quella proposta dall'INAIL contro il datore di lavoro il cui dipendente aveva provocato un infortunio ad un lavoratore di altra società.

In continuità con quanto ora riportato, **Sez. 6-L, n. 29219/2019, Esposito, Rv. 655759-01** ha deciso che con la surrogazione *ex art. 1916 c.c.* l'INAIL agisce contro i terzi responsabili, estranei al rapporto assicurativo, per il rimborso delle indennità corrisposte all'infortunato o ai suoi superstiti azionando il diritto al risarcimento del danno spettante all'assicurato, mentre con l'azione di regresso *ex artt. 10 e 11 del T.U. n. 1124 del 1965*, agendo contro il datore di lavoro che debba rispondere penalmente delle lesioni o che sia civilmente responsabile dell'operato di un soggetto del quale sia accertata con sentenza la responsabilità, fa valere in giudizio un proprio diritto che origina dal rapporto assicurativo, così che la qualificazione della domanda come azione di surroga determina la competenza del giudice civile, mentre l'inquadramento della stessa entro l'azione di regresso radica la competenza del giudice del lavoro.

In applicazione di tale principio, la Corte ha dichiarato la competenza del giudice di pace sull'azione promossa dall'INAIL nei confronti di un imprenditore, ritenuto responsabile del sinistro stradale in cui un proprio dipendente aveva riportato danni alla persona, al fine di ottenere il rimborso dell'indennità corrisposta al lavoratore infortunato, senza, tuttavia, qualificare la domanda in termini di regresso - ed anzi precisando in prima udienza di essersi surrogato nei diritti del danneggiato - e facendo valere la violazione, da parte del danneggiante, di regole di comune prudenza, e non anche di norme antinfortunistiche.

In tema di competenza per territorio nell'azione di regresso è intervenuta **Sez. 6-L, n. 30472/2019, Riverso, Rv. 656313 – 01**, che ha ritenuto l'applicabilità, ai fini della determinazione del giudice competente, dell'art. 444, comma 3, c.p.c. in quanto si verte in materia di azione proposta nei confronti del datore di lavoro e riguarda gli obblighi che egli ha nei confronti dell'ente previdenziale.

In particolare, la Corte ha argomentato tale conclusione evidenziando che *“la competenza per gli obblighi dei datori nei confronti degli enti previdenziali (e per le sanzioni civili) non può (...) individuarsi sulla base della regola generale del primo comma dell'art. 444 c.p.c. sia perché la regola ha riguardo al luogo dove ha residenza l'attore privato, e quindi ad un criterio che non si addice ad un ente pubblico che non può avere una residenza; sia perché l'applicazione del criterio di cui al primo comma finirebbe per sovrapporsi ed esautorare l'ambito di operatività del criterio speciale previsto dal terzo comma in base al quale la materia degli obblighi dei datori di lavoro (e non dei lavoratori autonomi) è regolata appunto dalla stessa norma ed è devoluta al giudice individuato in base alla sede dell'ufficio dell'ente”*.

E' stato così superato il risalente (e contrapposto) orientamento della giurisprudenza di legittimità degli anni '80 e dato seguito ai più recenti approdi della Corte (per tutte si veda Sez. 6-L, n. 17387/2016, Mancino, Rv. 640879-01).

Quando si è trattato di individuare, nel caso specifico dell'azione di regresso, quale sia l'ufficio dell'ente competente, è stato spiegato che quando viene in gioco l'obbligo datoriale di restituire l'equivalente delle prestazioni erogate dall'INAIL, per un infortunio sul lavoro o una malattia professionale come nell'azione di regresso, *“la competenza va legata ai sensi dello stesso art. 444, 3 comma, eminentemente alla sede dell'ufficio dell'ente competente ad istruire la pratica, a pagare le prestazioni e pertanto a riceverne la restituzione; sede che può eventualmente non coincidere con quella del luogo dove è aperta la posizione contributiva o si pagano i premi o i contributi; ed ancor meno coincidere con la sede legale dell'Istituto o con la sede dell'impresa”*.

CAPITOLO XXIV

LA PREVIDENZA DI CATEGORIA

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Cassa Nazionale Forense - 2. INPGI - 3. Cassa Ingegneri e Architetti - 4. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti - 5. La previdenza integrativa.

1. Cassa Nazionale Forense.

In tema di previdenza dei liberi professionisti **Sez. L, n. 14676/2019, Calafiore, Rv. 653982-01**, ha deciso che l'indennità di maternità prevista dall'art. 70 del d.lgs. n. 151 del 2001, che, in forza della sentenza auto-applicativa n. 385 del 2005 della Corte costituzionale, va estesa anche al lavoratore padre, non è suscettibile di moltiplicazione nell'ipotesi di parto o adozione plurimi, atteso che dal complessivo sistema delle tutele parentali si desume che il legislatore ha inteso garantire il sostegno alle famiglie con più figli nati dall'unico parto o adottati nello stesso momento attraverso il prolungamento dei periodi di riposo o congedo, avuto altresì riguardo alla natura dell' indennità, compensativa di eventuali flessioni del reddito professionale derivanti dalla nascita o adozione, restando irrilevante il numero dei figli.

Quanto alle modalità della riscossione dei crediti iscritti a ruolo, **Sez. 3, n. 12229/2019, Cigna, Rv. 653891-01**, ha affermato che alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, ente privatizzato *ex art.* 1 del d.lgs. n. 509 del 1994, ma deputato allo svolgimento di una funzione pubblica quale quella previdenziale, è concesso *ex lege* di provvedere alla riscossione mediante ruolo e pertanto, si applica ad essa la procedura, prevista dall'art. 1, commi 527-529, della l. n. 228 del 2012, di annullamento del ruolo per i crediti più risalenti (antecedenti al 1999) introdotta ai fini della razionalizzazione dei bilanci degli enti creditori pubblici o privati che provvedono alla riscossione mediante ruolo. La richiamata disciplina presenta un duplice profilo di ragionevolezza, tenuto conto che, per i crediti inferiori ad euro 2000,00, sconfigura la antieconomicità della riscossione in ragione del presumibile rapporto negativo tra costi dell'esazione e benefici dell'eventuale riscossione e che, per quelli superiori ad euro 2000,00, non incide sui diritti di credito degli enti ma solo sulla procedura di riscossione, atteso che l'annullamento del ruolo non coincide con l'annullamento del credito sottostante, che ben potrà essere successivamente azionato dall'ente secondo l'ordinaria procedura.

Sez. L, n. 13517/2019, Berrino, Rv. 653959-01, ha enunciato il seguente principio di diritto in tema di verifica dell'incompatibilità con l'esercizio della

professione: in materia di previdenza forense, il potere attribuito alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense, *ex art. 2* della l. n. 319 del 1975, di verificare la sussistenza di cause di incompatibilità con l'esercizio della professione non può essere esercitato oltre il quinquennio antecedente all'accertamento, dal momento che l'esistenza di protratti periodi di verificata incompatibilità non può non incidere sulla continuità dello svolgimento della professione, continuità che rappresenta un elemento indefettibile ai fini della revisione periodica degli iscritti all'albo e che soggiace al predetto limite temporale.

Sez. L, n. 27392/2019, Mancino, Rv. 655437-01 ha deciso che in materia di previdenza forense, ai fini dell'insorgenza del diritto alla pensione indiretta dei superstiti del professionista deceduto in costanza di attività, sono sufficienti i requisiti dell'assolvimento, da parte dell'iscritto, dell'obbligo contributivo per almeno dieci anni e dell'iscrizione alla Cassa da data anteriore al quarantesimo anno previsti dall'art. 7, commi 3 e 4, della l. n. 576 del 1980, non essendo, invece, necessario che la contribuzione nel periodo decennale sia stata ininterrotta, giacché la continuità dell'iscrizione, richiesta dal quarto comma della disposizione citata, deve essere riferita esclusivamente al requisito anagrafico ivi previsto, non potendo essere estesa al requisito contributivo di cui al terzo comma, in difetto di elementi di raccordo che consentano una lettura combinata delle due norme.

In tema di anzianità contributiva, **Sez. L, n. 30421/2019, Ghinoy, Rv. 655871-01** ha ribadito che nel sistema previdenziale forense, anche gli anni non coperti da integrale contribuzione concorrono a formare l'anzianità contributiva e vanno inseriti nel calcolo della pensione di vecchiaia, in quanto nessuna norma prevede che venga "annullata" l'annualità in cui il versamento sia stato inferiore al dovuto. Ne consegue che l'art. 1 della l. n. 141 del 1992, secondo il quale la pensione di vecchiaia è pari, per ogni anno di "effettiva" iscrizione e contribuzione, all'1,75 per cento della media dei più elevati dieci redditi professionali dichiarati dall'iscritto ai fini IRPEF nel quindicennio anteriore alla maturazione del diritto a pensione, va interpretato nel senso che la pensione si commisura alla contribuzione "effettiva", non rilevando cioè il principio di automatismo delle prestazioni valido nel lavoro dipendente, mentre il termine "effettivo", estraneo al concetto di "misura", non può intendersi come sinonimo di "integrale".

Il principio era stato già affermato da Sez. L, n. 05672/2012, La Terza, Rv. 622140-01.

2. INPGI.

Sez. L, n. 19573/2019, De Marinis, Rv. 654499-01 ha avuto modo di soffermarsi su alcune questioni in punto di cumulo tra pensione e redditi da lavoro

ed ha deciso che in tema di cumulo tra pensione e redditi da lavoro, agli iscritti all'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani (INPGI) si applica la stessa disciplina prevista per gli iscritti all'Assicurazione Generale Obbligatoria facente capo all'INPS, in quanto l'INPGI gestisce, per espresso disposto dell'art. 76 della l. n. 388 del 2000, una forma di assicurazione sostitutiva di quella garantita dall'INPS, mentre gli artt. 72, comma 1, della legge appena citata, e 44, comma 1, della l. n. 289 del 2002, poi seguiti dall'art. 19 del d.l. n. 112 del 2008, conv. con modif. dalla l. n. 133 del 2008, parificano il trattamento pensionistico a carico dell'AGO e quelli a carico delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima.

Ne consegue che deve essere disapplicato l'art. 15 del Regolamento dell'INPGI, che disciplina la materia del cumulo tra reddito da lavoro e trattamento pensionistico in maniera diversa da quanto previsto nel regime relativo all'AGO.

Ha avuto conferma, così, il precedente di Sez. L, n. 01098/2012, La Terza, Rv. 621105-01, mentre deve registrarsi l'esistenza di un orientamento difforme espresso da Sez. L, n. 08067/2016, Negri Della Torre, Rv. 639572-01 che ha affermato l'opposto principio secondo cui in tema di cumulo tra pensione e redditi da lavoro, gli iscritti all'Istituto Nazionale di Previdenza dei Giornalisti Italiani non sono assoggettati alla stessa disciplina prevista per gli iscritti all'AGO, dovendosi, viceversa, applicare ad essi l'art. 15 del regolamento dell'INPGI, approvato con d.m. del 24 luglio 1995, in quanto, a seguito della privatizzazione degli enti previdenziali ed in forza dell'art. 76, comma 4, della l. n. 388 del 2000, l'INPGI è tenuto a coordinare, assicurando l'equilibrio di bilancio, le forme previdenziali da esso gestite con quelle del sistema di previdenza obbligatoria, con la conseguenza che la non comparabilità dei due regimi rende manifestamente infondata la relativa questione di legittimità costituzionale.

3. Cassa Ingegneri e Architetti.

Sez. L, n. 03915/2019, Mancino, Rv. 652887-01, ha pronunciato un importante principio in tema di necessità della domanda amministrativa che costituisce requisito indispensabile per ogni prestazione previdenziale: in tema di previdenza per ingegneri e architetti, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 6 del 1981, la presentazione di una apposita domanda costituisce un requisito necessario non solo per l'erogazione del trattamento pensionistico ma anche per il riconoscimento del supplemento di pensione per l'attività professionale svolta dopo il pensionamento di vecchiaia, in quanto prestazione diversa dal trattamento base di cui occorre verificare gli autonomi requisiti costitutivi.

Inoltre **Sez. L, n. 03916/2019, Mancino, Rv. 652888-01**, ha deciso che in tema di previdenza per ingegneri e architetti, ai fini della determinazione della base

reddituale per il computo del contributo soggettivo non è utilizzabile il reddito determinato in sede di concordato preventivo biennale di cui all'art. 33 del d.l. n. 269 del 2003, conv. con modif. dalla l. n. 326 del 2003, che concerne l'obbligazione tributaria ma non anche il rapporto obbligatorio contributivo tra il professionista e la Cassa di previdenza, in assenza di una previsione normativa che deroghi al criterio del reddito effettivo imponibile.

4. Cassa di previdenza Geometri liberi professionisti.

Sez. L, n. 05375/2019, Fernandes, Rv. 652778-01, ha affrontato il tema della potestà regolamentare e della relativa autonomia delle Casse previdenziali private, che riguarda anche regolamenti di altre Casse (es. ragionieri e periti commerciali o commercialisti) per le quali pure si pone il problema di delimitare l'ambito dell'autonomia.

E' stato così deciso che in tema di casse previdenziali privatizzate, l'autonomia regolamentare loro riconosciuta dall'art. 2 del d.lgs. n. 509 del 1994, è limitata, dall'art. 3, comma 12, della l. n. 335 del 1995, nel testo "*ratione temporis*" vigente, agli interventi di variazione delle aliquote contributive, di riparametrazione dei coefficienti di rendimento o di ogni altro criterio di determinazione del trattamento pensionistico; ne consegue l'illegittimità dell'art. 3, comma 1, del regolamento della Cassa dei geometri liberi professionisti, in vigore dal 1° gennaio 2003, nella parte in cui, derogando all'art. 22, comma 2, della l. n. 773 del 1982, prevede l'obbligatorietà dell'iscrizione dei geometri iscritti all'albo professionale che esercitano la libera professione.

La decisione si pone in termini di coerenza con quanto deciso da Sez. L, n. 03461/2018, Calafiore, Rv. 647412-01 in punto di Cassa nazionale forense per la quale è stato deciso che è legittimo l'art. 49 del regolamento generale della Cassa nazionale forense del 28 settembre 1995 (nel testo modificato con delibera n. 133 del 2003), nella parte in cui prevede, in deroga all'art. 16 della l. n. 576 del 1980, la rivalutazione della pensione di vecchiaia solo a decorrere dal secondo anno dal pensionamento, poiché tale previsione rientra nel concetto di "determinazione del trattamento pensionistico" di cui all'art. 3, comma 12, della l. n. 335 del 1995 e quindi nei limiti della delegificazione operata da tale ultima disposizione in favore dell'autonomia regolamentare degli enti previdenziali privatizzati.

5. La previdenza integrativa.

Sul punto **Sez. L, n. 12653/2019, Ghinoy, Rv. 653832-01**, ha statuito che, ai fini della determinazione del trattamento di fine rapporto e della pensione aziendale - che il datore di lavoro ha equiparato al trattamento pensionistico dei dipendenti degli enti

locali - vanno inclusi nella base di calcolo anche gli emolumenti istituiti dalla contrattazione aziendale (dovendosi ritenere che i contratti aziendali possano rientrare tra i contratti collettivi di lavoro cui fa riferimento l'art. 15 della l. n. 1077 del 1959), in quanto corrisposti in modo fisso e continuativo in relazione alla natura del compenso, benché essi non siano previsti dalla contrattazione nazionale.

In particolare, la Corte ha confermato la sentenza che aveva ammesso la computabilità, nella base di calcolo della pensione aziendale prevista dal contratto aziendale per i dipendenti dell'*ex* AMAN, della retribuzione in natura corrisposta al lavoratore ragguagliata al valore locativo dei beni immobili concessigli in godimento, confermando un orientamento risalente a Sez. L, n. 06743/2008, Lamorgese, Rv. 602245-01.

Sez. L, n. 13536/2019, Fernandes, Rv. 653841-01, ha ribadito (in conformità a **Sez. L, n. 19296/2008, Celentano, Rv. 604580-01**) che in tema di previdenza integrativa aziendale, benché il regolamento per il trattamento di previdenza e quiescenza del personale impiegatizio dell'INPS - che costituisce atto di normazione secondaria ed è pertanto interpretabile direttamente dalla Cassazione - preveda che le pensioni a carico del Fondo in corso di godimento siano riliquidate, assumendo come base la nuova retribuzione prevista per la qualifica e la posizione in cui l'impiegato si trovava all'atto della cessazione dal servizio, le maggiori competenze spettanti in seguito allo svolgimento di fatto di mansioni superiori (in quanto emolumenti non fissi né continuativi) non possono essere considerate utili e, di conseguenza, non vanno assoggettate a contribuzione.

Con riferimento ad una specifica controversia di *ex* dipendenti del Banco di Napoli **Sez. L, n. 14423/2019, Fernandes, Rv. 653980-01**, ha stabilito che in tema di regime perequativo dei trattamenti pensionistici dei dipendenti del Banco di Napoli in pensione alla data del 31 dicembre 1990, la norma di interpretazione autentica introdotta con l'art. 1, comma 55, della l. n. 243 del 2004, che ha superato il vaglio di legittimità costituzionale (Corte cost. n. 362 del 2008) ed escluso la limitata e predeterminata sopravvivenza (fino al 26 luglio 1996) della perequazione automatica, secondo regole peculiari, per tali dipendenti, non è idonea a rimuovere gli effetti del giudicato formatosi in epoca antecedente alla sua introduzione, in ossequio ai principi di certezza del diritto e di separazione dei poteri, sicché il maturato pensionistico, cristallizzato per effetto del giudicato, deve essere riconosciuto nella sua entità, con le sue eventuali variazioni legate alla dinamica perequativa legale, anche per i ratei successivi.

Ribadito, anche in questo caso, quanto precedentemente deciso da Sez. 6-L, n. 19515/2015, Pagetta, Rv. 637299-01.

Sez. L, n. 19571/2019, Fernandes, Rv. 654498-01, ha affermato il principio secondo il quale in tema di previdenza complementare, nel caso di decesso

dell'aderente in epoca antecedente alla maturazione del diritto alla prestazione, il diritto di riscatto riconosciuto dall'art. 14, comma 3, del d.lgs. n. 289 del 2005, nella formulazione *ratione temporis* applicabile, anteriore alla modifica apportata dal d.lgs. n. 147 del 2018, sorge direttamente in capo agli eredi in virtù della previsione di legge; ne consegue che, in caso di più chiamati, tale diritto si ripartisce in parti uguali - non essendo applicabili le norme relative alla successione ereditaria - soltanto tra coloro che, con l'accettazione dell'eredità, siano diventati eredi.

Conformemente a quanto deciso da Sez. L, n. 10556/2013, Marotta, Rv. 625974-01, **Sez. L, n. 25685/2019, Ghinoy, Rv. 655482-01** ha statuito che la norma dell'art. 59, comma 13, della l. n. 449 del 1997, che prevede la sospensione della perequazione automatica al costo della vita, concerne solo i trattamenti previdenziali obbligatori e quelli specificamente contemplati da tale disposizione, e non si applica alla pensione integrativa a carico del fondo aziendale, che ha natura retributiva (e non previdenziale); ne consegue, con riferimento ai titolari di pensione costituita dal trattamento previdenziale obbligatorio e da pensione integrativa a carico di apposito Fondo aziendale, che l'adeguamento della pensione spettante non si applica sull'intero importo ma solo sulla quota parte relativa al trattamento integrativo, restando escluso invece l'adeguamento della quota di pensione relativa al trattamento obbligatorio.

PARTE SESTA

I RAPPORTI CON I PUBBLICI POTERI

(coordinata da Roberto Mucci)

CAPITOLO XXV

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

(DI ROBERTO MUCCI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisdizione. – 3. La determinazione dell'indennità di espropriazione. – 3.1. (*segue*) A) La qualificazione delle aree. – 3.2. (*segue*) B) L'indennità di occupazione. – 3.3. (*segue*) C) La stima. – 3.4. (*segue*) D) Le aree agricole. – 3.5. (*segue*) E) L'indennità di asservimento. – 4. L'opposizione alla stima. – 5. L'espropriazione parziale. – 6. La determinazione consensuale dell'indennità. – 7. Le espropriazioni illegittime. – 7.1. (*segue*). L'acquisizione "sanante".

1. Premessa.

Anche nel 2019 è proseguita l'opera di consolidamento e sistemazione dei principi in materia di espropriazione per pubblica utilità curata dalla Prima Sezione civile, secondo una linea di continuità nomofilattica naturalmente coerente con il quadro delle compatibilità costituzionali e convenzionali. Proprio in tale contesto è dato riscontrare una specifica attenzione all'effettività del ristoro del diritto dominicale inciso dalla vicenda espropriativa che si accompagna a più di una sottolineatura – segnatamente nei casi di espropriazione illegittima – del rilievo della tutela reipersecutoria, secondo un indirizzo che sembra teso a sollecitare l'uso responsabile della potestà pubblica in un'ottica di stretta legittimità dell'azione amministrativa e di corretto bilanciamento degli interessi.

Come per la precedente *Rassegna* del 2018, si procederà dunque alla segnalazione delle pronunce massimate secondo l'intavolazione della materia posta dal d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. espropriazioni).

2. La giurisdizione.

Sul tema del riparto di giurisdizione nella materia dell'espropriazione per pubblica utilità non si registrano, nel corso del 2019, rilevanti novità.

Sez. U, n. 18272/2019, Genovese, Rv. 654586-01, ribadisce l'insegnamento di Sez. U, n. 25044/2016, Manna F., Rv. 641778-01, affermando che in ipotesi di sconfinamento (ossia quando la realizzazione dell'opera pubblica abbia interessato

un terreno diverso o più esteso rispetto a quello considerato dai provvedimenti di occupazione e di espropriazione, oltre che dalla dichiarazione di pubblica utilità) l'occupazione e la trasformazione del bene da parte della P.A. costituisce un comportamento di mero fatto, perpetrato in carenza assoluta di potere, che integra un illecito a carattere permanente, lesivo del diritto soggettivo (cd. occupazione usurpativa), donde la giurisdizione del giudice ordinario sull'azione di risarcimento del danno conseguito all'illegittima manipolazione del bene.

Ancora muovendo dal criterio fondato sulla contrapposizione carenza di potere/illegittimo esercizio del potere, **Sez. U, n. 08415/2019, Greco, Rv. 653434-01**, afferma, sviluppando le premesse poste da Sez. U, n. 13659/2006, Picone, Rv. 589535-01, che il termine decennale di efficacia del piano per gli insediamenti produttivi (P.I.P.) – la cui approvazione equivale a dichiarazione di pubblica utilità delle opere in esso previste e abilita la P.A. a disporre l'occupazione d'urgenza e l'espropriazione dei fondi occorrenti – non può essere prorogato alla scadenza, in quanto posto a presidio del diritto di proprietà che non tollera vincoli espropriativi a tempo indeterminato, potendo la P.A. soltanto predisporre un nuovo strumento con conseguente rinnovazione della scelta pianificatoria rimasta inattuata; nella fattispecie scrutinata dalle Sezioni Unite è stata pertanto qualificata come usurpativa l'occupazione intervenuta mercé la mera proroga del vincolo attraverso l'approvazione di una variante al P.I.P. e successivo decreto di esproprio adottato dopo il decorso del termine decennale.

Sugli accordi tra proprietari e P.A. espropriante, **Sez. U, n. 19369/2019, Sambito, Rv. 654834-01**, resa in controversia riguardante il pagamento del corrispettivo dovuto dalla P.A. per l'espletamento di una consulenza finalizzata all'organizzazione di attività espropriative necessarie alla realizzazione di opere infrastrutturali, valorizza ai fini del riparto di giurisdizione il nesso tra potere amministrativo in concreto esistente e successivo comportamento della P.A. (secondo un orientamento fermo: cfr., tra le altre, Sez. U, n. 09334/2018, Bisogni, Rv. 648266-01 e Sez. U, n. 02145/2018, Giusti, Rv. 647038-01, nonché Sez. U, n. 08349/2013, Salvago, Rv. 625846-01). E' stata pertanto affermata la giurisdizione del giudice ordinario in quanto l'attribuzione, *ex art. 113, comma 1, lett. g), c.p.a. (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, all. 1)*, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione agli accordi riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di pubblici poteri in materia di espropriazione, riguarda, appunto, solo i detti accordi tra privati espropriati e P.A. procedente poiché l'elemento fondante della giurisdizione amministrativa è in ogni caso costituito dall'azione dell'amministrazione attraverso l'esercizio, anche indiretto, di pubblici poteri. Ancora, per **Sez. U, n. 34267/2019, Scaldaferri, Rv. 656484-01**, conformemente a Sez. U, n. 24885/2008, Fioretti, Rv. 604921-01, ove si sia verificata l'occupazione appropriativa nell'ambito di

un'espropriazione finalizzata alla realizzazione di alloggi popolari, rientra nella giurisdizione ordinaria la controversia relativa all'azione di regresso esercitata da un Comune, dopo la definizione transattiva con i proprietari interessati, nei confronti dell'I.A.C.P. delegato solo alla realizzazione dell'opera, non venendo direttamente in considerazione il rapporto tra P.A. danneggiante e proprietario del fondo e, quindi, l'esercizio di un pubblico potere, bensì il diverso rapporto interno tra l'ente e l'istituto, nei cui confronti il primo accampa un preteso diritto di credito adducendo non l'esistenza di un atto illecito, ma l'avvenuto pagamento integrale di un debito altrui, o di un debito riconducibile ad un'ipotesi di responsabilità solidale.

In analogo ordine di considerazioni **Sez. U, n. 23102/2019, Mercolino, Rv. 655117-01**, afferma che le controversie risarcitorie promosse successivamente al 10 agosto 2000, ossia all'entrata in vigore della l. 21 luglio 2000, n. 205 (recante «*Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*»), relative alle occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione e realizzate in presenza di un concreto esercizio del potere – riconoscibile come tale in base al procedimento svolto ed alle forme adottate, anche se l'ingerenza nella proprietà privata sia poi avvenuta senza alcun titolo o nonostante il venir meno di detto titolo – sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia urbanistico-edilizia ex art. 7 della l. n. 205 cit., giacché l'apprensione, l'utilizzazione e l'irreversibile trasformazione del bene in proprietà privata da parte della P.A. sono riconducibili ad un concreto esercizio del potere autoritativo che si manifesta con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, senza che assuma rilevanza il fatto che quest'ultima perda successivamente efficacia o venga annullata. Coerentemente, la successiva **Sez. U, n. 31028/2019, Lamorgese, Rv. 656075-01**, ribadisce che «*L'esistenza di una dichiarazione di pubblica utilità è condizione imprescindibile per ritenere che l'apprensione, l'utilizzazione e l'irreversibile trasformazione del bene in proprietà privata da parte della pubblica amministrazione siano riconducibili a un concreto esercizio del potere autoritativo, quale condizione necessaria per affermare la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a. e tale dichiarazione deve esistere al momento dell'apprensione dei beni privati*».

3. La determinazione dell'indennità di espropriazione.

In generale, sul tema della garanzia del «serio ristoro» all'espropriato per l'incisione del diritto dominicale merita una particolare segnalazione **Sez. 1, n. 30442/2019, De Marzo, Rv. 655953-01**. La sentenza, ponendosi senz'altro in un'ottica costituzionalmente e convenzionalmente orientata e sviluppando le premesse poste, tra le altre, da Sez. U, n. 17190/2018, Bruschetta, Rv. 649496-01 e Sez. U, n. 06769/2009, Salvago, Rv. 607788-01 (entrambe in fattispecie riguardanti il programma straordinario di urbanizzazione nell'area metropolitana del Comune di Napoli ai sensi della l. 14 maggio 1981, n. 219), afferma il seguente principio: «*Nei*

procedimenti espropriativi per l'esecuzione di opere pubbliche demandate all'ente concessionario, l'esigenza, costituzionalmente imposta, di assicurare il serio ristoro delle situazioni soggettive e l'effettività dei rimedi giurisdizionali comporta, ove il concessionario sia insolvente rispetto al proprio obbligo indennitario, il sorgere di un autonomo obbligo di garanzia della P.A. concedente, beneficiaria dell'espropriazione, per il pagamento del ristoro dovuto dal concessionario, onde assicurare, ex art. 42, comma 3, Cost., l'effettivo bilanciamento di interessi tra il titolare del bene abitato e la P.A. che persegue, attraverso l'espropriazione, finalità di interesse generale».

Del resto, un'eco di tale linea giurisprudenziale può cogliersi nell'anno in rassegna già in **Sez. 1, n. 19470/2019, Lamorgese, Rv. 654668-01**, che, sia pure nel diverso ambito della responsabilità da illecita attività della P.A. e valorizzando la remota Sez. 3, n. 01646/1968, La Farina, Rv. 333437-01, in tema di responsabilità solidale ex art. 2055 c.c. (per un precedente si v. anche Sez. 1, n. 04817/2009, Ceccherini, Rv. 606787-01), afferma: *«la transazione conclusa tra il Comune e il privato illegittimamente espropriato, in relazione ai danni cagionati dall'illegittima attività dell'impresa concessionaria del Comune, non elide la responsabilità solidale di quest'ultima verso il privato danneggiato, né implica un'assunzione di responsabilità esclusiva da parte del Comune, con la conseguenza che, in base alla clausola di manleva integrale contenuta nella convenzione tra il Comune e l'impresa concessionaria, essa è obbligata a tenere indenne l'ente locale da quanto dovuto al privato in relazione alla transazione»*. Peraltro, sul tema della delega delle procedure espropriative, e ancora con riferimento al giudizio di responsabilità da occupazione cd. usurpativa, si v. anche **Sez. 2, n. 00815/2019, Lombardo, Rv. 652300-01**, che afferma la legittimazione passiva dell'ente espropriante delegante, non essendo la delega sufficiente a configurare l'istituto della concessione traslativa dell'esercizio delle funzioni pubbliche proprie del concedente e dunque tale da escludere la legittimazione passiva di quest'ultimo.

3.1. (segue) A) La qualificazione delle aree.

In generale, sul tema centrale dell'incidenza dei vincoli urbanistici, le pronunce intervenute nel corso del 2019 ribadiscono e consolidano ricevuti principi. Costante, in particolare, il richiamo alle caratteristiche fattuali e giuridiche del bene alla data del decreto di esproprio, nonché all'esatta considerazione della natura del vincolo – conformativo ovvero espropriativo – ai fini della corretta determinazione dell'indennizzo che deve essere comunque fondata su dati concreti.

Così, **Sez. 6-1, n. 03168/2019, Sambito, Rv. 652677-01**, nel confermare la sentenza di merito che, pur qualificando erroneamente come edificabile il fondo abitato per la realizzazione di un campo di calcetto, ne aveva correttamente apprezzato il valore secondo la potenziale natura edificatoria della zona, ha ribadito che l'indennità di espropriazione va determinata in relazione al valore venale distinguendo tra suoli edificabili e non edificabili in ragione del criterio

dell'edificabilità legale, escluse le possibilità legali di edificazione qualora lo strumento urbanistico dell'epoca in cui deve compiersi la ricognizione legale abbia concretamente vincolato la zona ad un utilizzo meramente pubblicistico (verde pubblico, attrezzature pubbliche, viabilità, ecc.), sicché, rientrando nella nozione tecnica di edificazione l'edilizia privata esprimibile dal proprietario dell'area secondo il regime autorizzatorio previsto dalla vigente legislazione, ai fini indennitari deve tenersi conto delle possibilità di utilizzazione intermedia tra l'agricola e l'edificatoria (parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative, chioschi per la vendita di prodotti, ecc.), sempre che siano assentite dalla normativa vigente, sia pure con il conseguimento delle debite autorizzazioni amministrative. Del pari, **Sez. 1, n. 06527/2019, Scotti, Rv. 653115-01**, conformemente a Sez. 1, n. 19295/2018, Mercolino, Rv. 649681-01, afferma una volta di più – in fattispecie relativa alla costruzione di un palazzetto dello sport in un terreno le cui particelle ricadevano tutte in “zona F-uso pubblico” – che, in caso di contestazione da parte dell'espropriato, la stima deve essere effettuata applicando il criterio generale del valore venale pieno, ma l'interessato può dimostrare che il fondo è suscettibile di uno sfruttamento ulteriore e diverso rispetto a quello agricolo, pur senza raggiungere il livello dell'edificabilità, e che, quindi, possiede una valutazione di mercato che rispecchia possibilità di utilizzazione intermedie tra quella agricola e quella edificatoria (come, p.es., parcheggi, depositi, attività sportive e ricreative, chioschi per la vendita di prodotti), ancora una volta purché tali possibilità siano assentite dalla normativa vigente, sia pure con il conseguimento delle autorizzazioni amministrative. Ancora, **Sez. 1, n. 10502/2019, Lamorgese, Rv. 653879-01**, nel solco della fondamentale Sez. U, n. 00172/2001, Morelli, Rv. 546234-01, e delle più recenti Sez. 1, n. 21914/2018, Mercolino, Rv. 650581-01, e Sez. 1, n. 26644/2018, Caiazzo, Rv. 651444-01, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto assolutamente inedificabili e agricole le aree espropriate in quanto esterne al perimetro del territorio urbanizzato affermando che, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione delle aree prive di pianificazione urbanistica, la stima non può risolversi in un mero esercizio qualificatorio dell'astratta natura dell'area, ma deve corrispondere all'effettivo valore di mercato di questa secondo le sue caratteristiche concrete espresse in termini monetari, desunte da taluni fatti-indice obiettivi quali, tra gli altri, la vicinanza al centro abitato, lo sviluppo edilizio raggiunto dalle zone adiacenti, l'esistenza di servizi pubblici essenziali, la presenza di opere di urbanizzazione primaria, il collegamento con i centri urbani già organizzati; in detta situazione trova pertanto applicazione il criterio – suppletivo, in carenza di strumenti urbanistici, e complementare, agli effetti della determinazione del concreto valore dell'area – dell'edificabilità di fatto, dovendo darsi rilievo all'attività edilizia legittimamente realizzabile in assenza di pianificazione urbanistica, a quella libera e a

quella consentita previo rilascio del permesso di costruire. Sempre in analogo ordine di considerazioni **Sez. 1, n. 17115/2019, Marulli, Rv. 654420-01**, afferma che, nonostante la primazia del criterio dell'edificabilità legale imponga di considerare l'attitudine allo sfruttamento edilizio alla stregua della disciplina urbanistica vigente, l'edificabilità di fatto può costituire criterio integrativo necessario alla verifica della concreta realizzazione di costruzioni e alla quantificazione delle potenzialità di utilizzo del suolo al momento in cui si compie la vicenda ablativa, cosicché va esclusa l'edificabilità di un suolo quando le dimensioni dell'area sono insufficienti per edificare, per l'esaurimento degli indici di fabbricabilità della zona, per la distanza dalle opere pubbliche o per i vincoli legislativi urbanistici; da ciò consegue la necessità di tenere conto anche di tale specifico indice regolatore, quale criterio cui rapportare l'indennità dovuta all'effettivo pregiudizio patito, in funzione del principio del giusto ristoro, ma anche dell'esigenza di non favorire un'indebita locupletazione, tenuto conto che la potenzialità edificatoria va da un minimo (tendente a zero) ad un massimo, con una gamma di situazioni intermedie su cui incide in misura determinante l'edificabilità effettiva, quale attitudine del suolo ad essere sfruttato e concretamente destinato a fini edificatori in base a vari fattori quali, tra gli altri, la centralità, l'ubicazione, la consistenza, la vicinanza a strutture pubbliche e la volumetria.

Quanto all'incidenza degli strumenti programmatori, **Sez. 1, n. 15413/2019, Lamorgese, Rv. 654274-01**, riprendendo l'insegnamento di Sez. 1, n. 25318/2017, Campanile, Rv. 646001-01, ribadisce che l'inserimento di un'area nel programma costruttivo *ex art. 51 della l. 22 ottobre 1971, n. 865 («Programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica; norme sulla espropriazione per pubblica utilità; modifiche ed integrazioni alle leggi 17 agosto 1942, n. 1150; 18 aprile 1962, n. 167; 29 settembre 1964, n. 847; ed autorizzazione di spesa per interventi straordinari nel settore dell'edilizia residenziale, agevolata e convenzionata»)* non consente di ritenere la connotazione edificatoria delle relative porzioni ove destinate ad opere infrastrutturali, non essendo il programma anzidetto equiparabile al piano per l'edilizia economica e popolare (P.E.E.P.), rispetto al quale è alternativo ed autonomo, in quanto privo di carattere programmatico e conformativo, nonché soggetto ad un procedimento semplificato e accelerato d'individuazione ed acquisizione delle aree destinate a iniziative di edilizia residenziale pubblica cui far ricorso proprio qualora non possano adottarsi tempestivamente le complesse procedure previste per l'approvazione del P.E.E.P.

Ancora in tema di programmazione del territorio, **Sez. U, n. 31028/2019, Lamorgese, Rv. 656075-02**, cit., afferma, anche sulla scorta di Sez. 1, n. 08435/2012, Salvago, Rv. 622541-01, che le disposizioni del programma di fabbricazione, di regola, si limitano genericamente ad individuare e reperire le aree per i servizi occorrenti in relazione alla capacità insediativa comunale, senza ulteriori

specificazioni, ma non introducono vincoli preordinati all'espropriazione, sicché per poter legittimamente incidere sulla proprietà privata devono tradursi nella dichiarazione di pubblica utilità o in provvedimenti ad essa equipollenti, ai fini della realizzazione dell'opera sull'area stessa, come nel caso in cui l'inclusione di un fondo nel programma di fabbricazione sia funzionale all'esecuzione di opere di edilizia economica e popolare.

3.2. (*segue*) B) L'indennità di occupazione.

Al riguardo, deve in primo luogo farsi menzione dell'innovativa **Sez. 1, n. 32415/2019, Lamorgese, Rv. 656130-01**, la quale afferma che l'indennità di occupazione d'urgenza, essendo volta a compensare il proprietario per la mancata disponibilità del bene in relazione a quanto avrebbe percepito periodicamente da esso, va calcolata sino alla data dell'effettivo deposito dell'indennità di espropriazione, momento che conclude la fattispecie complessa da cui deriva l'effetto dell'acquisizione della proprietà del bene da parte della P.A. o dei soggetti a questa equiparati.

Nella prospettiva della corrispondenza della determinazione del ristoro alla qualificazione giuridica delle aree ablate, **Sez. 1, n. 17115/2019, Marulli, Rv. 654420-02**, conformemente a Sez. 1, n. 10133/2006, Salvago, Rv. 589268-01, puntualizza che le possibilità edificatorie da considerare ai fini della determinazione dell'indennità di occupazione vanno valutate al momento dell'adozione del relativo decreto; tuttavia, poiché il diritto all'indennità matura al compimento di ogni singola annualità, è con riferimento a ciascuna scadenza periodica che deve essere calcolato il parametro di riferimento, con la conseguenza che un eventuale mutamento della destinazione urbanistica a seguito dell'approvazione del P.R.G. assume rilevanza nel calcolo dell'indennità in relazione alle annualità successive.

Coerentemente, in tema di interessi da ritardata corresponsione dell'indennità, **Sez. 1, n. 17797/2019, Scalia, Rv. 654537-01**, ribadisce, in conformità a Sez. 1, n. 05520/2006, Plenteda, Rv. 587439-01, che gli interessi legali dovuti al proprietario per la ritardata corresponsione delle somme spettanti a titolo di indennità di espropriazione e di occupazione, per la loro natura e funzione compensativa, decorrono dal momento di maturazione dei corrispondenti diritti, ovvero, più specificamente, dalla data del decreto di esproprio e dalla scadenza di ciascuna annualità di occupazione, atteso che l'indennità di occupazione rappresenta il corrispettivo del mancato godimento del bene occupato fino all'espropriazione, in relazione all'anticipata privazione del proprietario del suo diritto reale, ed è raggugliata al tasso legale degli interessi sull'indennità di espropriazione.

Infine, sul valore probatorio del verbale di immissione in possesso, secondo **Sez. 1, n. 34098/2019, Scalia, Rv. 656613-01** (sulla scorta di Sez. U, n. 18077/2009,

Morcavallo, Rv. 609261-01, e conformemente a Sez. 1, n. 23505/2010, Salvago, Rv. 614773-01), la redazione di detto verbale fa scattare la presunzione che la P.A. si sia effettivamente impossessata dell'immobile e il proprietario abbia perduto le facoltà di godimento e di disposizione del bene; trattasi però di presunzione relativa che fa salva la prova contraria, da parte della P.A., della mancata effettiva presa di possesso dell'immobile, e la prova, da parte del proprietario, di aver subito nel periodo precedente l'immissione in possesso, per effetto della sola adozione del decreto di occupazione d'urgenza, un pregiudizio risarcibile, se effettivo.

3.3. (segue) C) La stima.

Sulle operazioni estimative, **Sez. 1, n. 13269/2019, Scalia, Rv. 654041-01**, ribadisce l'insegnamento – fissato definitivamente da Sez. 1, n. 02193/2016, Sambito, Rv. 638350-01 – secondo cui il deposito della relazione di stima nella segreteria del Comune e la sua successiva comunicazione al pubblico mediante affissione all'albo pretorio, ai sensi dell'art. 15, comma 2, della l. n. 865 del 1971, non soddisfa l'onere della notificazione dell'indennità di esproprio all'interessato nelle forme degli atti processuali civili, quale adempimento finalizzato a dare certezza della conoscenza dell'atto da parte del destinatario ed a consentire, in caso di sua consapevole inerzia, il maturarsi della decadenza dall'impugnazione, non potendosi equiparare la detta affissione alla notificazione dell'indennità definitiva *ex art. 143 c.p.c.*

3.4. (segue) D) Le aree agricole.

Sulla cd. indennità aggiuntiva, **Sez. 1, n. 20658/2019, Scotti, Rv. 654882-01**, ribadisce, nel solco di Sez. 1, n. 03706/2015, Mercolino, Rv. 634472-01, e della successiva Sez. 1, n. 28788/2018, Bisogni, Rv. 651508-01, che l'art. 37, comma 9, del d.P.R. n. 327 del 2001 ne condiziona la concreta erogazione, oltre che alla titolarità di uno dei rapporti agrari tipici, all'utilizzazione agraria del terreno, ravvisabile in tutte quelle ipotesi in cui la coltivazione del fondo avvenga con prevalenza del lavoro proprio e di persone della famiglia del richiedente, sicché è escluso dal novero dei soggetti aventi diritto al beneficio il terzo conduttore imprenditore agricolo (il quale esercita la coltivazione e produzione agricola con prevalenza del fattore capitale sul lavoro e con impegno prevalente di manodopera subordinata), senza che tale esclusione possa ritenersi in contrasto con il principio di uguaglianza, avuto riguardo

alla differenza esistente tra il predetto e i soggetti individuati dall'art. 17 della l. n. 865 del 1971.

3.5. (segue) E) L'indennità di asservimento.

Sul tema va innanzi tutto citata l'innovativa **Sez. 1, n. 26437/2019, Lamorgese, Rv. 655627-01**, che raccorda la disciplina dell'indennità di asservimento a quella generale dell'indennità di espropriazione laddove afferma che l'ammontare dell'indennità dovuta in conseguenza della imposizione di una servitù (nella specie, imposta per la realizzazione di linee ferroviarie) deve essere determinato con riferimento alla data del decreto di asservimento e non a quella di imposizione del vincolo preordinato all'esecuzione dell'opera.

Per il resto, **Sez. 1, n. 16495/2019, Mercolino, Rv. 654275-01**, nell'ottica della concreta compressione del diritto dominicale in conseguenza dell'imposizione del peso sul fondo (su cui già Sez. 1, n. 23865/2015, Sambito, Rv. 637885-01), puntualizza che l'indennità di asservimento *ex art.* 44 del d.P.R. n. 327 del 2001 deve essere determinata riducendo proporzionalmente l'indennità corrispondente al valore venale del bene, in ragione della minore compressione del diritto reale determinata dall'asservimento rispetto all'espropriazione, con la conseguenza dell'inapplicabilità dell'art. 1038, comma 1, c.c. che, in riferimento alla diversa fattispecie delle servitù di acquedotto e scarico coattivo, commisura l'indennità dovuta al proprietario del fondo servente all'intero valore venale del terreno occupato, in quanto, da un lato, la sua applicabilità in materia di opere pubbliche è preclusa dall'operatività della disciplina speciale dettata in materia di espropriazione e, dall'altro, essa presuppone che il proprietario del fondo servente perda la disponibilità della parte di terreno da occupare per la costruzione dell'acquedotto.

4. L'opposizione alla stima.

Numerose, come di consueto, le pronunce che trattano i temi più squisitamente processuali.

Sulla competenza del giudice, **Sez. 6-1, n. 05220/2019, Mercolino, Rv. 652678-01**, riprende l'insegnamento della risalente Sez. 1, n. 06960/1997, Vitrone, Rv. 506254-01: l'individuazione del giudice competente sull'opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione va effettuata con riferimento alla normativa in base alla quale la P.A. ha disposto l'espropriazione e determinato la relativa indennità, sicché, qualora questa sia stata fissata in base ai criteri di cui agli artt. 16 e 17 della l. n. 865 del 1971, con riguardo ad espropriazione disposta in forza del d.P.R. 6 marzo 1978, n. 218 (*«Testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno»*), ed in forza del rinvio alle predette norme contenuto nell'art. 53 di tale decreto, l'opposizione spetta alla

Corte d'appello, ai sensi dell'art. 19 della legge predetta, che trova applicazione indipendentemente dalla mancanza di un richiamo esplicito.

Sull'oggetto del giudizio, **Sez. 1, n. 15414/2019, Lamorgese, Rv. 654650-01**, ribadisce – in conformità a Sez. 1, n. 08442/2012, Di Virgilio, Rv. 623305-01 e a Sez. 1, n. 04388/2006, San Giorgio, Rv. 586914-01, nonché a Sez. 1, n. 05106/2004, Benini, Rv. 571055-01 – che esso attiene alla congruità e conformità dell'indennità (di espropriazione o di occupazione temporanea) ai criteri di legge, principi che devono essere coordinati con quello della domanda, con la conseguenza che l'opposizione dell'espropriato potrà condurre solo alla determinazione di un'indennità maggiore, e non inferiore, rispetto a quella calcolata in sede amministrativa, in difetto di una domanda formulata dall'espropriante; pertanto, nel caso in cui l'accertamento giudiziario conduca ad un risultato sfavorevole per l'espropriato opponente, il giudice dovrà limitarsi a respingere la domanda, altrimenti incorrendo nel vizio di ultrapetizione, salvo che il promotore dell'espropriazione, convenuto in opposizione, abbia agito in riconvenzionale per la riduzione dell'ammontare.

Sulla legittimazione, **Sez. 1, n. 15780/2019, De Marzo, Rv. 654532-01**, riprendendo l'insegnamento di Sez. 6-1, n. 06873/2011, Ceccherini, Rv. 617228-01, e di Sez. U, n. 10165/2003, Vitrone, Rv. 564598-01, afferma che il giudizio di determinazione dell'indennità di espropriazione ha carattere unitario e investe il diritto nella sua interezza, anche qualora il bene oggetto del procedimento ablatorio sia in comproprietà indivisa: dunque, mentre la determinazione giudiziale dell'indennità giova ai comproprietari che non abbiano proposto opposizione, non ricorrendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario, senza che ad essi possa opporsi alcuna decadenza, nel caso in cui solo alcuni degli opposenti comproprietari abbiano coltivato il giudizio nei gradi di impugnazione, non può configurarsi la formazione frazionata del giudicato in capo ai diversi opposenti, i quali tutti devono considerarsi parti processualmente necessarie nei successivi gradi, anche se non abbiano proposto impugnazione. Dal canto suo, **Sez. 1, n. 05967/2019, Caiazza, Rv. 653097-01**, sviluppando il principio generale di cui alla remota Sez. L, n. 05793/1987, Giustiniani, Rv. 454186-01, puntualizza che l'esigibilità dell'indennità di espropriazione di un immobile di proprietà del *de cuius*, svincolata a suo favore, non è subordinata alla dimostrazione da parte dell'erede dell'avvenuta presentazione della denuncia di successione, che è atto prettamente fiscale, in quanto, in un'ottica costituzionalmente orientata, il ristoro della perdita del diritto di proprietà, cui il pagamento dell'indennità è diretto, non tollera di sottostare ad adempimenti di natura fiscale, quantunque connessi alla successione ereditaria, la cui eventuale violazione comporta sanzioni inerenti alla sola questione fiscale. Infine, **Sez. 1, n. 25376/2019, Parise, Rv. 655622-01**, afferma, conformemente a Sez. 1, n. 01991/2000, Papa, Rv.

534234-01, che il prefetto, competente a emettere il decreto di esproprio e quello di occupazione temporanea, non è parte necessaria del processo non essendo identificabile con l'espropriante e non essendo la sua attività riferibile, in base ad un rapporto d'immedesimazione organica, all'amministrazione d'appartenenza poiché, superata la fase autoritativa dell'emissione del decreto, la controversia attiene all'adeguatezza dell'indennità di espropriazione, concernendo unicamente il rapporto sostanziale patrimoniale tra espropriato e beneficiario del provvedimento ablativo.

Varie le pronunce sul termine di decadenza per l'opposizione. **Sez. 1, n. 22373/2019, Meloni, Rv. 655026-01**, chiarisce nuovamente – in conformità a Sez. 1, n. 03749/2012, Ceccherini, Rv. 621949-01 – che nei giudizi relativi ai procedimenti in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia stata emessa prima dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 327 del 2001 (30 giugno 2003) opera la disciplina transitoria prevista dall'art. 57 dello stesso d.P.R., secondo cui le disposizioni del T.U. non si applicano ai progetti edilizi per i quali, alla data di entrata in vigore del T.U. medesimo, sia intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, cui continuano invece ad applicarsi tutte le normative vigenti a quella data. Per le fattispecie ricadenti nel vigore della nuova disciplina, **Sez. 1, n. 21225/2019, Parise, Rv. 655326-01**, sulla scorta di Sez. 1, n. 28791/2018, Bisogni, Rv. 651452-01, e Sez. 6-1, n. 04880/2011, Forte, Rv. 617034-01, afferma che il termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della relazione di stima è finalizzato a consentire agli interessati di prendere visione del documento e decidere se accettarla oppure opporvisi, ed ha perciò natura dilatoria, con la conseguenza che non può ritenersi improponibile l'opposizione alla stima introdotta prima della scadenza di tale termine, dovendosi riconoscere all'espropriato la facoltà di adire il giudice anche prima della stima definitiva e comunque prima che inizi a decorrere il distinto termine perentorio di opposizione *ex art. 29, comma 3, del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150* («*Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69*»), atteso che, in una prospettiva costituzionalmente orientata, la pronuncia di improponibilità dell'azione è suscettibile di determinare effetti non solo processuali, ma anche sostanziali, preclusivi della reiterabilità della domanda di merito, qualora in concomitanza decorra e scada il detto termine perentorio. In analoga prospettiva sistematica, **Sez. 1, n. 28520/2019, Scalia, Rv. 656165-01** – conforme alla già citata Sez. 1, n. 02193/2016, Sambito, Rv. 638351-01 – ribadisce che l'espropriato deve proporre opposizione alla stima nel termine breve di decadenza previsto dall'art. 19 della l. n. 865 del 1971 quando l'indennità definitiva sia stata già calcolata da parte della commissione provinciale, mentre, qualora abbia ricevuto solo l'offerta di un'indennità provvisoria, può agire in giudizio nell'ordinario termine di prescrizione.

Infine, sull'istruttoria, **Sez. 1, n. 19468/2019, Lamorgese, Rv. 654430-01**, chiarisce, in applicazione di un consolidato principio, che la Corte d'appello non può disattendere in modo apodittico le conclusioni espresse dal c.t.u. circa il valore del bene, poiché ritenute eccessive, ma deve motivare in modo critico sulle risultanze processuali, indicando, in particolare, gli argomenti su cui fonda il proprio dissenso, nonché gli elementi ed i criteri cui ha fatto ricorso per pervenire ad una valutazione contrastante al fine di non vulnerare il principio del contraddittorio. Per quanto invece riguarda la corretta formulazione della stima, per **Sez. 1, n. 34743/2019, Parise, Rv. 656568-01** (conforme, tra le altre, a Sez. 1, n. 01904/2014, Benini, Rv. 629864-01), essa deve avvenire secondo criteri di omogeneità: in particolare, il metodo cd. sintetico-comparativo deve attribuire al bene da stimare il prezzo di mercato di immobili "omogenei", con riferimento non solo agli elementi materiali (quali la natura, la posizione o la consistenza morfologica), ma anche alla loro condizione giuridica urbanistica all'epoca del decreto ablativo; corollario di tale principio è che incombe sul giudice uno stringente onere motivazionale, nel senso che deve appunto indicare gli elementi di comparazione utilizzati e documentarne la rappresentatività in riferimento a immobili con caratteristiche analoghe a quello espropriato.

5. L'espropriazione parziale.

Si segnala **Sez. 1, n. 34745/2019, Iofrida, Rv. 656442-01**, secondo cui l'art. 40 della l. 25 giugno 1865, n. 2359 (*«Sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica»*), recepito dal d.P.R. n. 327 del 2001, e quindi il criterio di stima differenziale ivi previsto (che sottrae all'iniziale valore dell'intero immobile quello della parte rimasta in capo al privato) non è vincolante, potendo essere sostituito dal criterio che procede al calcolo del deprezzamento della sola parte residua, per poi aggiungerlo alla somma liquidata per la parte espropriata, purché si raggiunga il risultato di compensare l'intero pregiudizio arrecato dall'ablazione alla proprietà residua: la pronuncia ha infatti cassato quella di merito che aveva quantificato l'indennità dovuta attraverso la mera sommatoria del valore dell'indennità di esproprio e quello dell'area relitta determinato dal c.t.u., così attribuendo ai proprietari l'intero valore dell'area espropriata e di quella residua benché essi conservassero la titolarità del relitto.

6. La determinazione consensuale dell'indennità.

Sul tema **Sez. 1, n. 25386/2019, Parise, Rv. 655624-01**, ribadendo il principio espresso da Sez. 1, n. 22626/2006, Salvago, Rv. 592245-01, afferma che se le parti hanno definito contrattualmente l'intera vicenda espropriativa e ogni suo aspetto patrimoniale, non vi è più spazio per invocare l'indennità di occupazione degli

immobili, che postula un ristoro separato e aggiuntivo non assorbibile nell'indennità di espropriazione, ove la perdita della proprietà sia stata preceduta dalla perdita temporanea della mera disponibilità del bene, e non configurabile quando sia accertata la contestualità dell'acquisizione del possesso con il passaggio di proprietà.

7. Le espropriazioni illegittime.

Come notato in premessa, l'elaborazione giurisprudenziale della Prima Sezione civile si connota per l'insistita garanzia della posizione del privato illecitamente privato del bene, destinatario di una tutela in primo luogo reipersecutoria. Così, in termini generali, **Sez. U, n. 12589/2019, Acierno, Rv. 653934-01**, afferma che *«l'emanazione di un decreto di asservimento di un'area in proprietà privata, sulla quale sia in corso un'occupazione illegittima da parte della P.A., determina l'improcedibilità della domanda di risarcimento in forma specifica proposta dal privato al fine di ottenere la rimozione delle opere eseguite, salva l'avvenuta formazione del giudicato sul diritto alla restituzione del bene, ma non anche della domanda risarcitoria dal medesimo avanzata in relazione all'occupazione del fondo dall'origine sino all'emanazione del detto decreto, atteso l'effetto conformativo prodotto ex nunc sulla situazione giuridica soggettiva incisa da tale provvedimento ablatorio»*. A sua volta, **Sez. 1, n. 03793/2019, Lamorgese, Rv. 652552-02**, ribadisce il principio espresso da Sez. 1, n. 07514/2011, Di Palma, Rv. 617168-01, nel senso che l'illegittima occupazione di un fondo privato in seguito all'annullamento, da parte del giudice amministrativo, del decreto di espropriazione (nella specie pronunciato *ex art.* 49 del d.P.R. n. 218 del 1978, cit.), comporta l'obbligo dell'espropriante alla restituzione dell'immobile al proprietario, non essendo configurabile una vicenda di occupazione cd. espropriativa, il cui fondamento è nella conservazione alla mano pubblica di un'opera intrinsecamente pubblica.

Per altro verso, **Sez. 1, n. 15412/2019, Lamorgese, Rv. 654273-01 e Rv. 654273-02**, si incarica di inquadrare in termini quanto più possibile obiettivi la quantificazione del credito risarcitorio da occupazione cd. acquisitiva: da un lato, la mancata redazione del verbale di immissione in possesso da parte dell'occupante non fa venire meno il detto credito per la perdita di godimento del fondo, fermo restando naturalmente l'onere del proprietario danneggiato di dimostrare l'esatta estensione del bene occupato con gli ordinari mezzi di prova; dall'altro, per la determinazione del risarcimento occorre fare riferimento esclusivamente al valore di mercato del bene alla data dell'occupazione illegittima: non possono infatti trovare ingresso criteri alternativi fondati sulla comparazione con il prezzo di immobili omogenei, oppure calcolando i relativi costi di costruzione, in un momento diverso dalla data dell'occupazione, devalutando poi il *quantum* liquidato mediante l'uso degli indici ISTAT, poiché il mercato immobiliare risente di variabili macroeconomiche diverse dalla fluttuazione della moneta nel tempo, anche se a questa parzialmente legate,

nonché di condizioni microeconomiche dettate dallo sviluppo edilizio di una determinata zona, che sono completamente avulse dal valore della moneta, secondo un indirizzo già fissato, peraltro in tema di indennità di espropriazione, da Sez. 1, n. 18556/2015, Campanile, Rv. 636756-01.

Resta comunque fermo che – come affermato da **Sez. 1, n. 19469/2019, Lamorgese, Rv. 654645-01** – qualora il termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità di un'opera sia stato prorogato tempestivamente dall'autorità espropriante prima della scadenza, anche ripetutamente, la dichiarazione resta efficace e il decreto di esproprio è quindi valido, se emesso prima dell'ultima scadenza, sicché, non essendo configurabile alcuna carenza del potere amministrativo, né in astratto, né in concreto, è legittima l'attività manipolativa del bene del privato compiuta nel complessivo periodo di efficacia della dichiarazione. Coerentemente, **Sez. 1, n. 16509/2019, Lamorgese, Rv. 654653-01**, afferma che nel caso di occupazione acquisitiva derivante dalla trasformazione irreversibile del terreno ablato nell'ambito di un procedimento inizialmente assistito da dichiarazione di pubblica utilità, e successivamente divenuto illegittimo per la mancata emanazione del decreto di esproprio nel termine di legge, l'inefficacia di detta dichiarazione opera *ex nunc*, non verificandosi alcun travolgimento *ex post* delle attività legittimamente compiute dalla P.A. sulla base del decreto di occupazione e in pendenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità: è pertanto dovuta al privato l'indennità di occupazione legittima a far data dall'immissione in possesso nel bene fino alla perdita di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, che determina in ogni caso la sopravvenuta carenza di potere ablatorio (v. già, in argomento, Sez. 1, n. 24101/2018, Lamorgese, Rv. 650763-01, e la fondamentale Sez. U, n. 00735/2015, Di Amato, Rv. 634018-01). Analogamente, in tema di rapporti tra occupazione d'urgenza e manipolazione del bene, per **Sez. 1, n. 33227/2019, Sambito, Rv. 656563-01** – che ribadisce l'insegnamento di Sez. 1, n. 19601/2016, Lamorgese, Rv. 641329-01 – la proroga legale del termine dell'occupazione d'urgenza opera nonostante si sia già verificata l'irreversibile trasformazione dell'area occupata, sicché, fino a quando tale termine originario o prorogato non sia spirato, il proprietario null'altro può pretendere se non la corresponsione della relativa indennità ed è sempre possibile l'emanazione del decreto di espropriazione di un'area che continua ad appartenere all'originario proprietario.

Su un piano squisitamente processuale, e quanto alla legittimazione, **Sez. U, n. 07927/2019, Rubino, Rv. 653278-01**, afferma che la domanda di restituzione dell'intero bene proposta *pro indiviso* congiuntamente da tutti i comproprietari del fondo del quale si assume l'occupazione usurpativa determina un litisconsorzio necessario processuale che realizza una ipotesi di inscindibilità della causa ovvero la necessità che il giudizio prosegua, anche nelle fasi di impugnazione, nei confronti di

tutti i partecipanti al giudizio di primo grado; pertanto, l'omessa impugnazione della sentenza nei confronti di tutte le parti non determina l'inammissibilità del gravame, bensì la necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio *ex art.* 331 c.p.c. nei confronti della parte pretermessa, pena la nullità del procedimento di secondo grado e della sentenza che l'ha concluso, rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità.

7.1. (segue) L'acquisizione "sanante".

In argomento mette conto menzionare **Sez. U, n. 03517/2019, Conti, Rv. 652752-01**, che, in linea di continuità con gli approdi di Sez. 1, n. 11258/2016, Lamorgese, Rv. 639787-01, offre una nozione generale dell'istituto, nel senso che l'acquisizione sanante di cui all'art. 42-*bis* del d.P.R. n. 327 del 2001 ha natura di procedimento espropriativo semplificato di carattere eccezionale, volto a ripristinare la legalità amministrativa con effetto non retroattivo, il cui scopo non è quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dalla amministrazione, bensì quello, autonomo, di soddisfare attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione delle opere già realizzate *sine titulo*, con la conseguenza che l'adozione di tale provvedimento presuppone una valutazione discrezionale degli interessi in conflitto qualitativamente diversa da quella tipicamente effettuata nel normale procedimento espropriativo, non limitata genericamente alla eccessiva difficoltà od onerosità delle possibili soluzioni ma volta ad accertare l'assenza di ragionevoli alternative all'acquisizione – prima fra tutte la restituzione del bene – in relazione alle quali il proprietario deve essere posto in grado di svolgere il proprio ruolo partecipativo secondo le regole generali sulla partecipazione del privato al procedimento amministrativo.

Deve poi segnalarsi l'innovativa **Sez. 1, n. 12049/2019, Scalia, Rv. 653881-01**, secondo cui se il privato beneficiario di somme depositate presso la Cassa depositi e prestiti dall'espropriante all'esito di procedura di acquisizione sanante richieda lo svincolo degli importi versati per pregiudizio patrimoniale, non patrimoniale e risarcimento del danno per il periodo di occupazione senza titolo, il giudice del merito investito della relativa domanda deve disporre in conformità, essendo irrilevante la pendenza di giudizi promossi dall'espropriato ed aventi ad oggetto l'ammontare delle relative somme in quanto, in assenza di riconvenzionali dell'espropriante, non potrebbe avvenire una rideterminazione *in peius* delle voci indicate.

CAPITOLO XXVI

APPALTI PUBBLICI

(DI STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. Appalto pubblico, premessa. – 1.1. Il quadro normativo. – 1.2. La giurisdizione: cenni. – 2. Esecuzione del contratto. Le patologie del rapporto contrattuale. Riserve, sospensioni, risoluzione e recesso. – 3. Appalto di opere pubbliche, azione di garanzia per vizi e difetti, decadenza, prescrizione, collaudo, rilevanza. – 4. Appalto e arbitrato. – 5. La responsabilità dell'amministrazione committente per danni da inadempimento in tema di appalto per la ricostruzione di immobili a seguito di evento sismico.

1. Appalto pubblico, premessa.

Prima di passare all'esame dei principi affermati dalla Corte di cassazione nel corso dell'anno 2019 in materia di appalti pubblici, in ragione della particolarità e complessità della materia non può non tenersi conto, da un lato, che il quadro normativo di riferimento è stato nel tempo oggetto di successive e articolate modificazioni e, dall'altro, dei limiti entro i quali opera la giurisdizione del giudice ordinario rispetto a quella del giudice amministrativo.

1.1. Il quadro normativo.

Quanto al primo aspetto va osservato che alla prima legge sulle opere pubbliche, l. n. 2248 del 1865, all. F, ha fatto seguito la legge quadro sui lavori pubblici, l. n. 109 del 1994, che aveva lo scopo di creare una disciplina omogenea in materia di lavori pubblici. A seguito di tale legge, il d.m. n. 145 del 2000 ha introdotto il nuovo capitolato generale d'appalto e il d.P.R. n. 34 del 2000 ha definito il sistema di qualificazione delle imprese e altre normative di carattere tecnico.

Nel 2004 l'Unione Europea ha, poi, adottato la direttiva 2004/18/CE (abrogata dalla nuova direttiva 2014/24/UE) che riunisce le procedure per l'aggiudicazione degli appalti nei tre settori dei lavori, dei servizi e delle forniture quale obiettivo di semplificazione e snellimento delle procedure; direttive che il d.lgs. 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture) ha recepito nel nostro ordinamento. Con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 207 del 2010, di esecuzione e attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006, si è abrogato il d.P.R. n. 554 del 1999 e il d.P.R. 34 del 2000 di attuazione della l. n. 109 del 1994, e gran parte del d.m. 145 del 2000. In ultimo, il legislatore ha adottato il d.lgs. n. 50 del 2016 che costituisce la fonte normativa di riferimento per quanto riguarda la disciplina di qualsiasi tipo di contratto pubblico di lavori, servizi e forniture.

Discende come logica conseguenza da quanto sopra che le sentenze di seguito riportate, seppur riferite a fattispecie in cui risultano applicabili norme formalmente

non più attuali, in quanto abrogate da ultimo dal d.lgs. n. 50 del 2016, assumono, comunque, valore di piena attualità, nei casi in cui il loro contenuto è stato sostanzialmente riprodotto in tale ultimo testo normativo.

1.2. La giurisdizione: cenni.

Quanto al secondo aspetto, relativo al riparto di giurisdizione, esso assume rilievo ai fini di comprendere entro quale ambito è riconosciuto al giudice ordinario il potere di decidere le controversie in materia di appalti pubblici.

Sul punto, si riportano in estrema sintesi, in quanto riportate nella specifica parte di questa rassegna dedicata al riparto di giurisdizione, alcune sentenze con le quali le Sezioni Unite hanno indicato i limiti entro i quali il giudice ordinario è competente a decidere le controversie in materia di appalti pubblici.

La Corte (**Sez. U, n. 13660/2019, Acierno, Rv. 654028-01**) si è occupata del regolamento preventivo di giurisdizione proposto da una società affidataria del servizio di raccolta e trasporto rifiuti urbani e relativo ad una controversia incardinata davanti al giudice amministrativo avente ad oggetto la domanda di annullamento di 149 note di contestazione e delle relative determinazioni dirigenziali del Comune riguardanti l'applicazione di penali, previste nel capitolato speciale, imputate all'irregolare esecuzione del servizio. In particolare, ai fini del decidere, assumeva rilievo la circostanza che il servizio in questione fosse stato attribuito in virtù di un provvedimento di affidamento provvisorio con proroghe mediante ordinanze contingibili ed urgenti succedutesi fino alla conclusione di una procedura di gara che aveva visto vittoriosa una società diversa dalla ricorrente. Il ricorso per regolamento preventivo era conseguente alla pronuncia, in sede cautelare, del TAR che aveva riconosciuto la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, mentre il Consiglio di Giustizia della Regione Siciliana aveva affermato la giurisdizione del giudice ordinario. Nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario, le Sezioni Unite hanno attribuito rilievo alla circostanza che le penali in questione trovavano la loro fonte nel capitolato speciale in cui erano indicati i corrispettivi inadempimenti imputati alla società. Essendo la fonte dei rapporti controversi il suddetto capitolato, *«la mancanza di una procedura di gara, nella specie, non modifica la natura giuridica paritetica del rapporto nella fase esecutiva dell'espletamento del servizio. Pur se il momento genetico è stato determinato dalla delibera della giunta municipale di affidamento provvisorio del servizio, prorogato con ordinanze contingibili ed urgenti»*, qualificandosi la fattispecie in termini di appalto di pubblico servizio, anche se il momento genetico del rapporto è determinato, non dalla stipula di un contratto, ma dalla delibera della giunta municipale di affidamento del servizio. In sostanza, quello che rileva ai fini della qualifica del rapporto e, conseguentemente della attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario è che, successivamente all'affidamento, la natura del rapporto si dovesse considerare

paritetica essendo l'esecuzione del menzionato servizio disciplinata dalle regole contrattuali contenute nel capitolato speciale di appalto, accettate dall'impresa anche senza la formale conclusione del contratto, dovendosi escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, stabilita prima dall'art. 33, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 80 del 1998 (come modificato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000) e poi dall'art. 133, comma 1, lett. p), dell'all. 1 al d.lgs. n. 104 del 2010, la quale attiene soltanto alla precedente fase di scelta del contraente.

Con altra sentenza (**Sez. U, n. 28211/2019, Di Virgilio, Rv. 655591-01**) la Corte è stata investita del regolamento preventivo di giurisdizione proposto da una società che, dopo essersi aggiudicata una gara pubblica, si era vista impugnare da altra impresa dinnanzi al TAR alcune delibere con le quali la stazione appaltante, in corso di esecuzione dell'appalto, ne aveva allargato l'ambito. In particolare, la ricorrente sosteneva che l'atto aggiuntivo sospeso dal TAR attenesse alla fase esecutiva del contratto stesso con conseguente devoluzione della controversia al giudice ordinario. La Corte, nel respingere il ricorso, ha rilevato che in materia di appalti di lavori e servizi pubblici, la domanda con cui il terzo titolare di posizione differenziata (già partecipante alla gara e non aggiudicatario), contestando la sussistenza dei presupposti per la modifica o variazione del contratto durante il periodo di efficacia, previsti dall'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, invochi l'annullamento o la declaratoria di inefficacia degli atti amministrativi con cui la P.A. committente abbia ampliato l'oggetto dello stesso in favore dell'aggiudicatario, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, venendo in rilievo non già una questione relativa all'esecuzione del contratto (in ordine alla quale la P.A. si porrebbe in posizione paritetica e l'altro contraente vanterebbe una posizione di diritto soggettivo), né una questione di invalidità del contratto per vizi del procedimento di evidenza pubblica, bensì l'illegittima decisione dell'ente committente di procedere all'affidamento diretto dei lavori o servizi aggiuntivi in favore dell'aggiudicatario, senza indire un'ulteriore gara d'appalto, così ledendo l'interesse legittimo del terzo a partecipare a tale gara.

2. Esecuzione del contratto. Le patologie del rapporto contrattuale. Riserve, sospensioni, risoluzione e recesso.

La **Sez. 1, n. 09518/2019, Caiazzo, Rv. 653875-02**, nell'ambito di una controversia afferente un contratto di concessione di sola costruzione, dopo aver affermato che tale tipologia di contratto, ora non più considerata nelle leggi nn. 584 del 1977 e 406 del 1991, è assoggettabile allo stesso regime degli appalti di opera pubblica, ha affermato che, per effetto di ciò, le pretese del concessionario ad ulteriori compensi per i maggiori costi sostenuti, nella specie per oneri aggiuntivi connessi allo svolgimento delle procedure di esproprio, sono sottoposte all'onere di preventiva

riserva, con le modalità previste dagli artt. 53 e ss. del r.d. n. 350 del 1895 applicabili *ratione temporis* e, a seguito della sua abrogazione, dagli artt. 1, comma 1, e 113 del d.P.R. n. 554 del 1999 (Sez. 1, n. 18070/2004, Salvago, Rv. 576866-01). Alla luce di tale principio la Corte ha cassato la sentenza di merito con la quale si erano distinte le maggiori pretese avanzate a titolo di maggiori spese relative alla contabilizzazione dei lavori e quelle estranee all'esecuzione dei lavori ai fini della disciplina ad esse applicabile. Osserva, infatti, la Corte che l'attuazione dell'opera pubblica, dalla gara di appalto, alla consegna dei lavori, alla loro esecuzione ed al collaudo, si compie in fasi successive attraverso un procedimento formale e vincolato, che si articola in una serie di registrazioni e certificazioni, alla cui formazione l'appaltatore è chiamato di volta in volta a partecipare. Allo stesso è imposto l'onere, reso evidente dal riferimento operato dall'art. 53 del r.d. n. 350 del 1895 alla necessità che l'appaltatore indichi tutte le domande che crede di fare, di contestare immediatamente ogni circostanza che riguardi le prestazioni (eseguite o non), la quale sia suscettibile di comportare un incremento delle spese previste, mediante un atto, pur esso a forma vincolata quanto a tempo e modalità di formulazione, cui deve provvedere tempestivamente, a pena di decadenza, non soltanto per un dovere di lealtà contrattuale e per l'esigenza di tempestivi controlli, ma soprattutto nell'interesse pubblico di consentire all'amministrazione appaltante la tempestiva verifica delle contestazioni, attesa la necessità della continua evidenza della spesa dell'opera in funzione della corretta utilizzazione e della eventuale integrazione dei mezzi finanziari predisposti per la sua realizzazione.

3. Appalto di opere pubbliche, azione di garanzia per vizi e difetti, decadenza prescrizione, collaudo, rilevanza.

La Sez. 1, n. 10501/2019, Lamorgese, Rv. 653469-01, ha dichiarato non fondata la censura proposta dall'ANAS per violazione e falsa applicazione del principio, desumibile dagli artt. 1665, 1667, 2943, 2946 c.c. e 5 della legge n. 741 del 1981, secondo cui negli appalti di opere pubbliche solo il collaudo equivale ad accettazione dell'opera e segna il *dies a quo* di decorrenza della decadenza e della prescrizione per far valere i vizi e le difformità dell'opera, sicché, laddove il collaudo non viene eseguito, manca una formale accettazione dell'opera e, di conseguenza, la possibilità di far decorrere il termine di decadenza e prescrizione, non assumendo rilievo elementi fattuali come la presa in consegna dell'opera o l'apertura della strada al pubblico.

La Corte nel rigettare il ricorso ha ripercorso l'orientamento della giurisprudenza di legittimità rilevando che in origine questo, pur riconoscendo che alla consegna dell'opera prima del collaudo non è applicabile la presunzione di accettazione di cui all'art. 1665, comma 4, c.c. – giacché, alla stregua della disciplina delle opere

pubbliche, la consegna di un'opera siffatta non può che intendersi effettuata con riserva di verifica, costituendo il collaudo atto formale indispensabile ai fini dell'accettazione dell'opera stessa da parte della pubblica amministrazione – riteneva che la decorrenza del termine biennale di prescrizione dell'azione di garanzia per vizi contro l'appaltatore era collegata unicamente alla consegna dell'opera, a nulla rilevando che la ricezione della consegna sia avvenuta da parte del committente con riserva di verifica o senza riserve, sicché quest'ultimo, nonostante ogni riserva di verifica, ove non abbia denunciato entro i due anni dalla consegna le difformità ed i vizi, non poteva più far valere la garanzia in questione né in via di azione, né in via di eccezione, trovando applicazione l'art. 1667, comma 3, anche nell'appalto di opere pubbliche (Sez. 2, n. 01146/1982, Giardina, Rv. 419028-01). La successiva giurisprudenza aveva, diversamente, sostenuto la tesi secondo cui *«solo a partire dall'esito del [collaudo] prendono corpo e significato sia la tematica dell'accettazione dell'opera, sia quella di un'eventuale decadenza del committente dalla possibilità di far valere difformità e vizi, sia infine quella della prescrizione dell'azione volta a far valere la garanzia per tali vizi»* (Sez. 1, n. 10992/2004, Fittipaldi, Rv. 573509-01). La sentenza del 2019 rileva che la premessa concettuale su cui si basa questo secondo indirizzo è che alla consegna dell'opera pubblica prima del collaudo non è applicabile la presunzione di accettazione dell'opera di cui all'art. 1665, comma 4, c.c., giacché la consegna di un'opera siffatta non può che intendersi attuata con riserva di verifica, essendo il solo collaudo l'atto formale indispensabile ai fini dell'accettazione dell'opera da parte della pubblica amministrazione. La Corte osserva che seppure la suddetta premessa è condivisibile, non è sufficiente a giustificare, in mancanza di una specifica norma di legge che lo consenta, una deroga così sensibile al regime di un termine, qual è quello stabilito dall'art. 1667, comma 3, c.c. che, come riconosciuto anche dall'indirizzo maggioritario, *«non [è] derogato da alcuna norma della disciplina sugli appalti di opere pubbliche»* (Sez. 1, n. 00271/2004, Morelli, Rv. 569401-01). Seguendo il suddetto indirizzo si dovrebbe ritenere che il termine di prescrizione non decorra per l'amministrazione committente nemmeno quando siano scaduti (e da molti anni) i termini – di cui all'art. 5, commi 1 e 4, della legge n. 741 del 1981, applicabili e successivamente previsti dal codice dei contratti pubblici (cfr. artt. 141, commi 1 e 3, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e 102, comma 3, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) – entro i quali essa è tenuta per legge, dopo l'ultimazione dei lavori, ad eseguire e approvare il collaudo, mentre l'appaltatore sarebbe esposto *sine die* a subire l'azione di garanzia negli anni successivi.

Viene rilevato che tale soluzione si pone in contrasto con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale l'amministrazione appaltante non può ritardare *sine die* le proprie determinazioni relative alle operazioni di collaudo, paralizzando per un tempo indefinito i diritti della controparte, essendo tenuta ad

eseguire il contratto nel rispetto degli artt. 1374 e 1375 c.c.; pertanto, se sia fissato espressamente nell'atto – o nella legge – un termine per il compimento delle indicate operazioni e lo stesso trascorra senza che sia adottato alcun provvedimento, tale situazione assume il significato di rifiuto del collaudo e di inadempimento da parte del committente, *«tanto più che, nell'appalto di opera pubblica, il soggetto committente ha non solo il diritto ma anche il dovere ineludibile di verificare l'opera prima della consegna attraverso il collaudo»* (Sez. 1, n. 00271/2004 cit.). In tale momento si realizzano le condizioni perché, a norma dell'art. 2935 c.c., incominci a decorrere il termine di prescrizione sia per l'appaltatore che intenda far valere i suoi diritti, senza necessità di costituire in mora la debitrice o di assegnarle un termine, sia per l'amministrazione che intenda far valere la garanzia per i vizi e le difformità dell'opera a norma dell'art. 1667, comma 3, c.c. Il mancato compimento delle operazioni di collaudo nel termine di legge o di contratto per causa imputabile all'amministrazione committente non può risolversi a favore della medesima, al fine di procrastinare *sine die* il decorso del termine per proporre l'azione di garanzia nei confronti dell'appaltatore per i vizi e le difformità dell'opera. Spunti nel senso del collegamento anche temporale tra le operazioni di collaudo e l'esperimento dei mezzi di tutela del committente vengono dalla legislazione recente: *«l'esecutore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera»* (art. 229, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010) nel biennio fissato dall'art. 141, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 (abrogato dal d.lgs. n. 50 del 2016) perché il certificato di collaudo assuma carattere definitivo; *«l'appaltatore risponde per le difformità e i vizi dell'opera, ancorché riconoscibili, purché denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo»* (art. 101, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016).

In conclusione, la sentenza in esame conclude affermando che i termini di decadenza e prescrizione per l'esperimento dell'azione di garanzia per i vizi e difetti dell'opera, di cui all'art. 1667 c.c., nei confronti dell'appaltatore di opera pubblica, iniziano a decorrere dall'approvazione del collaudo riguardo ai vizi e difetti rivelatisi precedentemente o contemporaneamente al suo esperimento, poiché è solo con il collaudo che l'opera può dirsi formalmente accettata dalla P.A. Tale principio è, tuttavia, applicabile sempre che il collaudo sia avvenuto nel rispetto dei termini previsti dalla legge poiché, in mancanza, i suddetti termini di decadenza e prescrizione decorrono dalla scadenza del termine previsto per il collaudo, tranne che il committente dimostri che questo non sia avvenuto per fatto imputabile all'impresa.

Con specifico riferimento al collaudo e alle sue conseguenze la Corte si è occupata di definire se e a quali condizioni da quest'ultimo possono derivare gli effetti previsti dall'art. 5, comma 4, legge n. 741 del 1981, relativo allo svincolo delle ritenute in garanzia. In particolare, la **Sez. 1, n. 02477/2019, Caiazzo, Rv. 652544-01**, nell'affermare che la suindicata disposizione ha carattere generale applicabile a tutte le procedure di esecuzione di opere pubbliche, ha precisato che essa, nel prevedere i

termini entro i quali deve essere compiuto il collaudo, delinea con certezza il periodo superato il quale, perdurando l'inerzia dell'ente committente, quest'ultimo deve ritenersi inadempiente, con la duplice conseguenza che l'appaltatore può agire per il pagamento senza necessità di mettere in mora l'amministrazione e che, dalla scadenza del predetto termine, inizia a decorrere la prescrizione del credito. A fronte di tale principio di ordine generale la Corte ha, poi, precisato che *«in tema di appalto di opere pubbliche, il superamento del termine di sei mesi dalla data di ultimazione dei lavori, per la conclusione del collaudo fissato nell'art. 5 della legge 10 dicembre 1981, n. 741 fa sorgere il diritto dell'impresa alla restituzione della cauzione prestata, al pagamento immediato delle ritenute operate a garanzia ed alla estinzione di eventuali fidejussioni. Tuttavia, la presunzione iuris tantum di responsabilità della committenza nel ritardo nell'espletamento del collaudo, dettata dal favor per le ragioni dell'impresa, se incide, alleggerendolo, sul relativo onere della prova, non per questo impedisce alla committenza di provare il contrario. Infatti, una cosa è la fattispecie del ritardo nel collaudo e dei suoi presuntivi, ma vincibili, effetti, altra è la diversa ipotesi della responsabilità dell'impresa per i vizi dei lavori commessi, che non è destinata ad operare, escludendolo, sul diritto alla restituzione delle ritenute in garanzia, ex art. 5, comma 4, legge n. 741 del 1981»* (Sez. 1, n. 07194/2019, **Scalia, Rv. 653632 - 01**). In particolare, nell'applicare tale principio, la Corte ha accolto il motivo di ricorso con il quale veniva denunciata la sentenza della Corte d'appello nella parte in cui aveva ritenuto lo svincolo delle ritenute in garanzia previsto dall'art. 5, comma 4, della legge n. 741 del 1981 destinato a non operare ove insorga tra le parti contestazione nel corso delle operazioni di collaudo sulla corretta esecuzione delle opere. La S.C. ha, infatti, rilevato che i giudici di merito, consentendo agli accertamenti instauratisi tra le parti sulla corretta esecuzione delle opere in fase di collaudo di frapporti alla immediata restituzione delle ritenute in garanzia operate dalla committenza, senza verificare se il ritardo nelle operazioni di collaudo fosse o meno ascrivibile all'impresa per condotte finalizzate ad impedire il collaudo stesso o alla committenza, ha mancato di fare applicazione degli indicati principi ed ha errato nell'interpretazione della legge, impropriamente intersecando i distinti piani del diritto dell'appaltatrice allo svincolo delle ritenute in garanzia e quello del risarcimento del danno risentito dalla committenza, per la non corretta esecuzione delle opere accertata in sede di collaudo.

4. Appalto e arbitrato.

L'arbitrato in materia di contratti pubblici di lavori è stato oggetto di continui interventi da parte del legislatore che, con gli artt. 241, 242, 243 del d.lgs n. 163 del 2006, ha provveduto a unificarne la disciplina prima di allora contenuta in diverse disposizioni (art. 32, l. n. 109 del 1994, e successive modificazioni; artt. 149, 150 e 151 del regolamento generale di attuazione della suddetta legge, approvato con d.P.R.

21 dicembre 1999, n. 554; artt. 1-12, d.m. 2 dicembre 2000, n. 398; artt. 32, 33, 34, d.m. 19 aprile 2000, n. 145).

Per effetto dell'art. 217, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016, a decorrere dal 19 aprile 2016, il d.lgs. n. 163 è stato abrogato, ai sensi di quanto disposto dall'art. 220, risultando, ora, l'arbitrato disciplinato dall'art. 209 del cit. d.lgs.

Per quanto rileva in tale sede, l'originario art. 241 cit., stabiliva *«Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri»*.

A fronte di questa iniziale previsione che consentiva il ricorso all'arbitrato, l'art. 3, comma 19, della l. n. 244 del 2007 ha introdotto il divieto per le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, di inserire clausole compromissorie *«in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi. Le clausole compromissorie ovvero i compromessi comunque sottoscritti sono nulli e la loro sottoscrizione costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti»*.

Successivamente, il d.lgs. n. 53 del 2010, nel dare attuazione alla direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, ha con l'art. 15 abrogato il cennato art. 3 della l. n. 244 del 2007 e, all'art. 5, comma 1, lett. b), inserito il comma 1-bis all'art. 241 cit. Con tale ultima disposizione il legislatore prevedeva che *«La stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà, o meno, la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. È vietato in ogni caso il compromesso»*.

Per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 1, commi 19-24, legge n. 190 del 2012 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*), l'art. 241, nel testo in vigore dal 28 novembre 2012 al 18 aprile 2016, sanciva che *«Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli»*.

Il medesimo art. 1 cit. al comma 25 prevedeva che *«le disposizioni di cui ai commi da 19 a 24 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge»*.

Infine, oggi, per effetto dell'art. 209 del d.lgs. n. 50 del 2016, è previsto che *«Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206 possono essere deferite ad arbitri. L'arbitrato, ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 6 novembre 2012, n. 190, si applica anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici. 2. La stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può recusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. E' vietato in ogni caso il compromesso. 3. E' nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice (...).»*

Il quadro normativo sopra riportato pone in luce il difficile bilanciamento perseguito dal legislatore tra le diverse esigenze che pone il ricorso all'arbitrato nei contratti della pubblica amministrazione. Da un lato, infatti, l'istituto in esame risponde all'esigenza, avvertita non solo in ambito nazionale, ma più in generale in quello europeo, di rendere più efficaci le procedure di risoluzione delle controversie relative agli appalti pubblici, con conseguente contenimento anche dei relativi costi rispetto ai contenziosi ordinari. Dall'altro lato, il legislatore, proprio in ragione della portata dell'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie diverso da quello rimesso alla giurisdizione ordinaria, ne ha previsto l'operatività previo rispetto di specifici presupposti tra i quali l'autorizzazione da parte dell'organo di governo della singola pubblica amministrazione.

E' con riferimento alla portata applicativa delle disposizioni che hanno introdotto, quale requisito di validità della clausola compromissoria, la preventiva autorizzazione che la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata nel corso del 2019. In particolare, la questione è quella di individuare la disciplina cui devono essere sottoposti quei contratti di appalto stipulati in epoca antecedente alla previsione della necessaria autorizzazione sopra indicata.

La Corte (**Sez. 1, n. 13410/2019, Falabella, Rv. 654256-01**) ha esaminato la controversia che traeva origine da un contratto di appalto stipulato il 23 dicembre 2008 dall'Università della Calabria avente ad oggetto la realizzazione dei lavori di costruzione di un complesso residenziale per studenti. In tale contratto era contenuta una clausola che devolveva le controversie tra le parti alla competenza di un collegio arbitrale.

Nel corso del rapporto, la società appaltante notificava alla committente «atto introduttivo di arbitrato e nomina di arbitro», instando per la costituzione del collegio arbitrale previsto dalla clausola compromissoria. L'Università, dopo aver provveduto, a sua volta, a nominare il proprio arbitro e a svolgere le proprie deduzioni difensive, successivamente eccepiva che la clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto dovesse ritenersi inefficace in forza di quanto disposto dall'art. 1, comma 19, della legge n. 190 del 2012, con cui era stato modificato l'art. 241 d.lgs. n. 163 del 2006.

Il collegio arbitrale dichiarava la propria competenza, disattendendo, quindi, l'eccezione pregiudiziale dell'Università, e accoglieva parzialmente le domande dell'appaltatrice.

La Corte d'appello rigettava il gravame proposto dall'Università.

Avverso tale decisione l'Università proponeva ricorso per cassazione denunciando, tra l'altro, la violazione e falsa applicazione dell'art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dall'art. 1, commi 19 ss., della legge n. 190 del 2012. In particolare, la ricorrente si doleva del fatto che il lodo era stato pronunciato da collegio arbitrale incompetente, in quanto la clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto era nulla o comunque inefficace, alla luce della disciplina transitoria del regime introdotto dal cit. art. 1 della l. n. 190 del 2012 (contenuta nel comma 25 dell'articolo). In ragione di tale disciplina, la ricorrente contestava che l'arbitrato potesse dirsi «autorizzato» dall'organo di governo dell'Università.

La Corte ha affermato la fondatezza della censura sul presupposto della natura non arbitrabile della controversia. In proposito la Corte ha affermato che per effetto dell'art. 1, comma 25, cit., il novellato art. 241 del d.lgs. n. 163 del 2006 non si applica agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della legge n. 190 del 2012; autorizzazione che non può essere individuata, come avvenuto nel caso di specie, nella preventiva approvazione, da parte dell'organo competente, dello schema di contratto contenente la clausola compromissoria. La delibera avente ad oggetto la suddetta approvazione costituisce, infatti, l'atto attraverso cui ha sbocco il procedimento di formazione della volontà della pubblica amministrazione e con cui questa dispone in ordine alla stipulazione del negozio, conferendo all'organo qualificato alla rappresentanza dell'ente il potere di porlo in essere. Tale delibera appartiene alla fisiologia dell'evidenza pubblica e, come tale, costituisce un tratto comune dei contratti della P.A. non potendo, quindi, integrare l'autorizzazione prevista dalla l. n. 190 del 2012.

Rileva la Corte che se il legislatore avesse inteso identificare tale atto nell'autorizzazione di cui al cit. comma 25, avrebbe semplicemente escluso che le disposizioni introdotte con la l. n. 190 del 2012 si estendessero ai contratti conclusi

prima dell'entrata in vigore di essa o, meglio, avrebbe anche potuto evitare di introdurre la disciplina transitoria prevista dalla disposizione in esame.

A sostegno di tale interpretazione si pone, poi, il tenore letterale della norma che fa menzione di «arbitrati conferiti o autorizzati»; espressione che non è riferibile alla clausola compromissoria inserita nel contratto, la quale è deputata a stabilire, in via preventiva e in termini necessariamente generali, che le controversie nascenti dal contratto saranno decise da arbitri. Diversamente l'espressione utilizzata dal legislatore deve intendersi riferita a liti specificamente individuate, già introdotte con la nomina degli arbitri (arbitrati «conferiti») o per le quali, pur non essendo intervenuta tale nomina, l'ente abbia espresso la propria volontà di avvalersi della clausola arbitrale (arbitrati «autorizzati»).

Rileva, poi, la Corte che sarebbe incongruo ritenere che le stringenti esigenze di contenimento dei costi collegati alle controversie che vedono la partecipazione degli enti pubblici, di tutela degli interessi di cui questi sono portatori e di contrasto all'illegalità all'interno della P.A. — interessi che il legislatore ha inteso salvaguardare subordinando il deferimento delle controversie ad arbitri a una preventiva autorizzazione amministrativa che assicurasse la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto (cfr. Corte cost. 9 giugno 2015, n. 108) — siano affidate a un intervento legislativo che, non applicandosi, di fatto, a tutti i contratti (contenenti clausole compromissorie) perfezionati prima dell'entrata in vigore della legge, si rivelerebbe in gran parte inoperante.

Diversamente, il comma 25 dell'art. 1 cit., ha sottratto alla necessità di un'autorizzazione motivata (e quindi espressa) dell'organo competente quelle sole procedure arbitrali per cui, alla data dell'entrata in vigore della legge, si fosse già fatto luogo alla nomina degli arbitri, o che risultassero comunque prossime ad essere introdotte, avendo la pubblica amministrazione già manifestato, nei fatti, la propria volontà di attivare il giudizio arbitrale. In queste due ipotesi l'esclusione dell'applicazione della disciplina trova fondamento in ragioni di economia processuale, giacché evita che il procedimento iniziato prima dell'entrata in vigore della legge, o che la P.A. abbia prima di allora specificamente autorizzato (e introdotto dopo), sia vanificato dalla mancanza dell'autorizzazione prevista dal comma 19.

In sostanza, per effetto dei passaggi argomentativi sopra riportati, per gli appalti stipulati in epoca antecedente alla novella della l. n. 190 del 2012, il termine «autorizzati» da essa prevista, richiede che l'amministrazione abbia emesso apposito e specifico atto relativo all'arbitrato, diversamente essi sono soggetti alla disciplina introdotta con la legge del 2012.

La Corte, infatti, precisa che nei casi in cui la clausola compromissoria non abbia trovato applicazione, né la pubblica amministrazione abbia espresso la volontà di

valersene, non vi é invece ragione di escludere la necessità di una nuova pattuizione (di devoluzione della controversia agli arbitri), da adottarsi sulla base di un'apposita autorizzazione motivata, in base al comma 19: anche se resta salva la possibilità, da parte dell'organo di governo della P.A., di scongiurare *ex post*, attraverso il rilascio di un'autorizzazione pure motivata, che la clausola già in essere sia colpita da inefficacia sopravvenuta, assumendo sul punto rilievo il precedente della Sez. 6-1, n. 29255/2017, Mercolino Rv. 647024-01.

Gli arresti giurisprudenziali indicati risultano oggetto di sostanziale conforme interpretazione da parte dell'ANAC, nella determinazione n. 6, del 18 dicembre 2013 (pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 18 del 23 gennaio 2014), con la quale la stessa ha affrontato, tra l'altro, i profili di diritto intertemporale relativi all'applicazione del comma 19.

In tale documento viene rilevato che per effetto del comma 25 cit. deve essere esclusa l'applicazione del comma 19 agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della legge; pertanto, l'illustrato comma 19 si applica agli altri casi, con la rilevante conseguenza che dovranno *«ritenersi inefficaci quelle clausole compromissorie, ancorché contrattualmente assunte dalle parti, non previamente autorizzate dall'organo di governo»*. In sostanza, nel documento in esame si conclude che il comma 19 *«deve essere interpretato come diretto a porre, rispetto all'originario contenuto del regolamento contrattuale, una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti, essendo assente una norma transitoria che preveda l'ultrattività della previgente disciplina normativa, sicché la clausola compromissoria contrattualmente prevista risulta sostanzialmente privata della relativa operatività»*.

Per effetto di tale interpretazione, può concludersi che in assenza di previa autorizzazione dell'organo di governo (non prevista dalla normativa previgente), le clausole compromissorie contenute nei bandi di gara antecedenti all'entrata in vigore della norma sono affette da nullità sopravvenuta con salvezza dei soli arbitrati già conferiti o autorizzati prima di detta data (art. 1, comma 25).

In proposito l'ANAC nel documento sopra cennato precisa che *«per arbitrato conferito deve intendersi quello in cui l'ente abbia operato la designazione (con conseguente accettazione) dell'arbitro; per arbitrato autorizzato deve, invece, intendersi l'arbitrato per il quale, prima dell'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012, sia intervenuto il consenso dell'ente di appartenenza dell'arbitro, se del caso da parte dell'organo di autogoverno»*.

L'ANAC, infine, ha osservato che le disposizioni in esame lasciavano irrisolta la questione relativa all'inclusione nel potere di previa autorizzazione, riconosciuto all'organo di governo, anche del potere di convalidare, motivando espressamente, le clausole arbitrali già inserite nei bandi per gli arbitrati non ricadenti nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 25. In particolare, l'ANAC rileva che, se da un lato, l'impossibilità di convalidare le pregresse clausole compromissorie può ritenersi conforme alla *ratio*

della novella, intesa a limitare il ricorso all'arbitrato, dall'altro, tale impossibilità si porrebbe in contrasto con il potere espressamente riconosciuto all'organo di governo dell'amministrazione di contemplarle *pro futuro*. A fronte di ciò, la determinazione in esame individua quale soluzione migliore quella che, al fine di evitare un'irragionevole disparità di trattamento tra i contratti futuri, per i quali è sempre possibile rendere l'autorizzazione, in conformità al comma 19 dell'art.1 della l. n. 190 del 2012, ed i contratti in corso, in ordine ai quali i relativi bandi di gara rechino clausole arbitrali (pur in assenza dell'autorizzazione alla data di entrata in vigore della legge sopra richiamata), è ammissibile, anche per quest'ultimi il rilascio di un'autorizzazione a posteriori.

Tornando al caso sottoposto all'attenzione con la sentenza n 13410 del 2019, la Corte conclude affermando che per i contratti di appalto conclusi prima dell'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012, nel caso in cui l'arbitrato non fosse stato conferito o autorizzato, per effetto del comma 25 dell'art. 1 di detta legge, era necessaria la presenza di apposita autorizzazione che non poteva identificarsi con la delibera con cui veniva approvato il contratto, poi concluso, dovendosi piuttosto aver riguardo agli atti con cui la pubblica amministrazione avesse manifestato, con riferimento a una controversia specificamente individuata, la volontà di avvalersi della clausola arbitrale.

5. La responsabilità dell'amministrazione committente per danni da inadempimento in tema di appalto per la ricostruzione di immobili a seguito di evento sismico.

La Sez. 2 n. 32991/2019, Carrato, Rv. 656218-01, ha affermato il principio che in tema di appalto per interventi di ricostruzione e di immobili a seguito di eventi sismici, per i danni derivanti da omessa, parziale o carente riattazione, è configurabile la responsabilità, non solo dell'appaltatore, ma anche dell'amministrazione committente, alla luce degli obblighi sulla medesima incombenti con riferimento alla fase iniziale di progettazione dei lavori, a quelle successive dell'esecuzione e dell'ultimazione delle opere appaltate e a quella finale dell'accertamento della conformità delle opere stesse a quelle progettate con conseguente loro collaudo.

A tale conclusione la Corte è giunta dopo aver osservato che, vertendosi in tema di esecuzione di opere di riattazione di immobili danneggiati dagli eventi sismici (nella specie verificatisi in Abruzzo nel 1984), il quadro di riferimento normativo è riconducibile, soprattutto, alla fonte normativa generale e principale di cui alla legge 14 maggio 1981, n. 219, oltre che alle correlate normative, circolari e regolamentazioni secondarie che hanno contribuito all'attuazione in concreto degli interventi in favore delle popolazioni colpite dai suddetti eventi calamitosi. In virtù di ciò è pacifico, nel caso di specie, che i ricorrenti - cui fu riconosciuto il diritto a

ricevere le necessarie provvidenze economiche sotto forma di contributi pubblici per la riattazione del loro immobile - si erano avvalsi della facoltà (desumibile, essenzialmente, dal combinato disposto degli artt. 8, lett. *d*), e 10, ultimo comma, della citata legge n. 219/1981) di delegare al competente Comune la progettazione, l'esecuzione e la gestione dei lavori che avrebbero, perciò, essere dallo stesso appaltati per la loro realizzazione. Prosegue la Corte che sulla scorta di questa scelta il Comune avrebbe, quindi, dovuto provvedere alla conclusione del relativo contratto affidando le opere ad un'apposita ditta per la loro attuazione e provvedendo, nel contesto di tale rapporto contrattuale, anche alla designazione del progettista, del direttore dei lavori e ad adottare le conseguenti determinazioni per il collaudo finale prima della riconsegna dell'unità immobiliare ai proprietari aventi diritto al suo riottenimento in seguito all'intervento di riattazione (coperto da contribuzione pubblica), tale da consentire la piena riagibilità e riabitabilità per effetto dell'esecuzione delle opere in conformità alle regole prescritte dalla normativa di riferimento, anche sul piano edilizio.

La sentenza in esame cassa quella emessa dalla Corte d'appello che ha imputato esclusivamente alle ditte appaltatrici l'inadempimento nell'esecuzione delle opere così disattendendo la rilevanza degli specifici obblighi incombenti sul Comune committente in virtù dell'applicazione della dettagliata e rigorosa normativa di riferimento di cui sopra, il cui inesatto rispetto avrebbe dovuto condurre, prosegue la Corte, all'affermazione di una responsabilità - quantomeno in via concorsuale - del medesimo ente appaltante. Quest'ultimo era, invero, tenuto ad esercitare precisi poteri (assolvendo, contestualmente, a specifici obblighi legali) che avrebbero dovuto imporgli di mettere in atto le necessarie attività di ingerenza, di propulsione e di adeguata (oltre che continua) sorveglianza nella realizzazione dell'intervento di riattazione in questione, finalizzate a garantire il corretto svolgimento dei lavori, l'esatta esecuzione delle opere progettate (da professionista dallo stesso ente nominato) e, quindi, implicanti l'indispensabile controllo, preliminare e successivo (anche mediante l'espletamento del collaudo finale e il rilascio della correlata certificazione), della conformità a legge e alle prescritte regole tecniche delle opere stesse onde garantire il soddisfacimento effettivo del pubblico interesse sotteso al compimento del procedimento di ricostruzione immobiliare resosi necessario per eventi sismici e supportato dall'erogazione di fondi pubblici. Viene posto in luce come la normativa riportata impone al Comune committente di curare – rispettando la necessaria diligenza per questo tipo di intervento con l'esercizio di un continuo controllo con riferimento alla parte propedeutica, di esatta realizzazione e di collaudo finale – la progettazione, l'esecuzione e la gestione degli lavori, non potendosi, quindi, accollare la responsabilità esclusiva dell'esito finale ed incompiuto dell'intervento di

riattazione alla sola ditta appaltatrice (la verifica della cui idoneità a realizzare tale tipo di lavori spetta allo stesso ente appaltante).

CAPITOLO XXVII

LE SOCIETÀ IN HOUSE PROVIDING

(DI ELEONORA REGGIANI)

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo – 2. Una visione d'insieme – 3. I tratti distintivi delle società *in house providing* – 4. Il fallimento – 5. L'azione di responsabilità sociale contro i componenti degli organi sociali e i dipendenti – 6. L'azione di responsabilità *ex art.* 146 l.fall. – 7. La revoca degli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c. – 8. Altre questioni.

1. Il quadro normativo.

La figura della società *in house* è nata nel diritto europeo, per descrivere le ipotesi in cui si può eccezionalmente derogare alle regole della concorrenza per il mercato, mediante il ricorso a forme di affidamento diretto di compiti relativi alla realizzazione di opere pubbliche o alla gestione di servizi pubblici, senza che siano avviate le procedure di evidenza pubblica di scelta del contraente.

Com'è noto, la direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, lascia liberi gli Stati membri di decidere le modalità organizzative della prestazione dei servizi d'interesse economico generale (art. 1, par. 6). È perciò certamente consentito che, in conformità ai principi generali del diritto comunitario, gli enti pubblici scelgano se espletare tali servizi direttamente o tramite terzi e che, in quest'ultimo caso, individuino diverse forme di esternalizzazione, ivi compreso l'affidamento a società partecipate dall'ente pubblico medesimo.

In tale ambito, si possono dare ipotesi ben distinte: l'affidamento a società totalmente estranee alla P.A., l'affidamento a società con azionariato misto (in parte pubblico ed in parte privato) e l'affidamento a società *in house*.

Solo in quest'ultimo caso la Corte di giustizia UE ha escluso la necessità del preventivo ricorso a procedure di evidenza pubblica, muovendo dal presupposto che non sussistono esigenze di tutela della concorrenza, delineando tuttavia con estremo rigore i requisiti che consentono di individuare una società *in house*.

Pur trattandosi, fino a un certo periodo, di una figura di origine eminentemente giurisprudenziale, la società *in house* non ha tardato ad acquisire cittadinanza anche nella legislazione nazionale. Se ne trova menzione in molteplici sparse disposizioni normative, talvolta con mero richiamo alle caratteristiche richieste dalla citata giurisprudenza europea, altre volte con più specifica indicazione dei requisiti occorrenti perché sia integrata tale figura.

Particolare risalto ha assunto, in questo contesto, il disposto dell'art. 113, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), come riformulato dall'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003, n. 269 (conv., con modif., in l. n. 326

del 2003), che, in presenza di determinate condizioni, ha consentito espressamente l'affidamento di servizi pubblici (anziché ad imprese terze, da individuare mediante procedure di evidenza pubblica) a società di capitali, costituite per quello scopo e partecipate totalitariamente da soci pubblici, purché realizzino la parte più importante della loro attività con gli enti che le controllano e purché questi ultimi esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui loro servizi.

Tali norme non sono state adeguatamente coordinate tra loro e non hanno fornito una disciplina unitaria e organica della materia. Si è trattato piuttosto di interventi frammentari, adottati in contesti storici diversi, al fine di perseguire finalità di volta in volta imposte da esigenze contingenti senza un disegno coerente di lungo periodo.

Con il d.lgs. n. 175 del 2016, modificato dal d.lgs. n. 100 del 2017, è stato finalmente adottato il T.U. in materia di società a partecipazione pubblica (di seguito anche T.U.S.P.) in attuazione della delega conferita al governo dagli artt. 16 e 18 della l. n. 124 del 2015.

In particolare, l'art. 16 della l. n. 124 del 2015 ha delegato il governo ad emanare *«il decreto legislativo per il riordino della disciplina in materia di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche»* con l'obiettivo prioritario *«di assicurare la chiarezza della disciplina»* e *«la semplificazione normativa»*.

Lo scopo dell'intervento è stato quello di semplificare e razionalizzare le regole vigenti in materia, attraverso il riordino delle disposizioni nazionali e di creare una disciplina generale organica, senza mutare totalmente il quadro di riferimento, ma favorendo fenomeni già in atto che, in certi casi, avevano trovato ostacoli proprio nella mancanza di norme adeguate o non adeguatamente coordinate.

Le disposizioni del T.U. hanno così assunto per oggetto *«la costituzione di società da parte di amministrazioni pubbliche, nonché l'acquisto, il mantenimento e la gestione di partecipazioni, da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica, diretta o indiretta»* (art. 1, comma 1, T.U.S.P.).

Specifico rilievo è stato dato ai profili del “mantenimento” e della “gestione” delle partecipazioni, perché la stretta rispondenza all'interesse pubblico deve permanere per tutta la durata della partecipazione alla società.

E in effetti, il testo normativo disciplina le misure di razionalizzazione della partecipazione, che non si esprimono soltanto con la riduzione del numero delle società partecipate, ma intervengono anche sui sistemi di *governance* e sui modelli organizzativi.

La regolamentazione è stata impostata prevedendo come *genus* quello delle società a partecipazione pubblica, che contiene al suo interno, come *species*, sia le società controllate sia le società *in house*.

Vi è infatti una disciplina comune, che si applica a tutte le società a partecipazione pubblica (ad esempio l'art. 12 T.U.S.P.). Vi sono poi norme che riguardano solo le società a controllo pubblico (in particolare gli artt. 6, 11 e 13 T.U.S.P.) e altre che regolano solo le società *in house* (l'art. 16 del medesimo T.U.S.P.). Le società quotate a partecipazione pubblica hanno poi una disciplina tutta particolare (artt. 3 e 18 dello stesso T.U.S.P.).

In tale quadro, assume rilievo fondamentale il disposto dell'art. 1, comma 3, T.U.S.P., “norma di chiusura” del T.U., perché evidenzia l'impostazione che ha scelto il legislatore delegato nell'attuare la delega.

In tale disposizione, e salve le deroghe poi indicate, si legge infatti che *«Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato»*.

La norma sostituisce il disposto dell'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., in l. n. 135 del 2012 (abrogato dall'art. 28 T.U.S.P.), ove era previsto che per quanto non diversamente stabilito, e salvo deroghe espresse, si applica comunque (alle società a partecipazione pubblica) la disciplina del codice civile in materia di società di capitali.

Ad entrambe le disposizioni normative appena richiamate la giurisprudenza ha attribuito una grande importanza, perché le ha considerate “clausole ermeneutiche generali” di chiusura (v. già Sez. U, n. 01237/2015, Spirito, Rv. 673757-01 e da ultimo, in motivazione, **Sez. U, n. 29078/2019, Scaldaferrì, Rv. 656056-01**), che, in assenza di diverse previsioni normative, legittimano una lettura in chiave privatistica degli istituti, anche per il tempo che precede la loro entrata in vigore.

E in effetti, nell'intento del legislatore delegato, la riconduzione a sistema, che costituisce primario interesse della delega, passa, in assenza di disposizioni contrarie, attraverso il rinvio alla disciplina privatistica. In altre parole, salve espresse deroghe previste dalla legge, il T.U.S.P. rappresenta la disciplina generale di tutte le società a partecipazione pubblica e, ove sia carente, è integrato dalla disciplina privatistica comune.

Di recente, anche il codice della crisi di impresa (d.lgs. n. 14 del 2019, non ancora in vigore, ha prestato attenzione alle particolari figure di società in esame, facendo espressamente salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi d'impresa delle società pubbliche (art. 1, comma 3), ritenendo tali le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società *in house* di cui all'art. 2, lett. *m*), *n*), *o*), del menzionato d.lgs. n. 175 del 2016 (art. 2, comma 1, lett. *f*).

2. Una visione d'insieme.

Nell'anno in rassegna, la Corte di cassazione ha adottato alcune statuizioni che hanno riguardato le società *in house*, senza apportare significativi mutamenti giurisprudenziali, ma rafforzando i percorsi interpretativi già intrapresi.

Le decisioni hanno riguardato in particolare la dichiarazione di fallimento, l'azione di responsabilità sociale (anche *ex art. 146 l.fall.*) e i casi di revoca degli organi di gestione e controllo *ex art. 2449 c.c.*, evidenziando volta per volta, ove necessario, gli elementi di continuità e gli spunti evolutivi rinvenibili.

3. I tratti distintivi delle società *in house providing*.

Com'è noto, la Corte di giustizia UE ha inizialmente escluso la necessità del preventivo ricorso a procedure di evidenza pubblica, muovendo dal presupposto che non sussistono esigenze di tutela della concorrenza, quando la società affidataria sia interamente partecipata dall'ente pubblico, eserciti in favore del medesimo la parte più importante della propria attività e sia soggetta al suo controllo, in termini analoghi a quelli in cui si esplica il controllo gerarchico dell'ente sui propri stessi uffici (Corte di giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*).

Le caratteristiche della società *in house*, come delineate dalla sopra menzionata giurisprudenza della Corte di giustizia, sono dunque: *i*) la natura esclusivamente pubblica dei soci; *ii*) l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi; *iii*) la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

In ordine alla prima di esse, giova ricordare come la giurisprudenza europea abbia ammesso la possibilità che il capitale sociale faccia capo ad una pluralità di soci, purché si tratti sempre di enti pubblici (Corte di giustizia, 10 settembre 2009, causa C-573/07, *Sea*, e Corte di giustizia, 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*), richiedendo pur sempre che lo statuto inibisca in modo assoluto la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie di cui gli enti pubblici siano titolari.

La prevalente destinazione dell'attività in favore dell'ente o degli enti partecipanti alla società, pur presentando innegabilmente un qualche margine di elasticità, postula in ogni caso che l'attività accessoria non sia tale da implicare una significativa presenza della società, quale concorrente con altre imprese sul mercato di beni o servizi. Come puntualizzato da Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 439, anche sulla scorta della giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia, 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*), non si tratta di una valutazione solamente di tipo quantitativo, da operare con riguardo esclusivo al fatturato ed alle risorse economiche impiegate, dovendosi invece tenere conto anche dei profili qualitativi e della prospettiva di

sviluppo in cui l'attività accessoria eventualmente si pone. In definitiva, quel che soprattutto importa è che l'eventuale attività accessoria, oltre ad essere marginale, rivesta una valenza meramente strumentale rispetto alla prestazione del servizio d'interesse economico generale, svolto dalla società in via principale.

Per quanto riguarda il controllo analogo, quel che rileva è che l'ente pubblico partecipante abbia statutariamente il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società *in house*, i cui organi amministrativi vengono a trovarsi in posizione di vera e propria subordinazione gerarchica. L'espressione "controllo" non allude infatti all'influenza dominante che il titolare della partecipazione maggioritaria (o totalitaria) è di regola in grado di esercitare sull'assemblea della società e, di riflesso, sulla scelta degli organi sociali, come avviene ordinariamente in base al diritto comune, ma si tratta di un potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con un'intensità non riconducibili ai diritti ed alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico) in base alle regole dettate dal codice civile, che si spinge sino al punto che agli organi della società non resta affidata nessuna rilevante autonomia gestionale.

Siffatte indicazioni sono state pienamente recepite, in ambito nazionale, dalla giurisprudenza amministrativa, contabile ed anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (v. tra le tante, Sez. U, n. 22409/2018, Virgilio, Rv. 650605-01).

Con l'entrata in vigore delle direttive 2014/23/UE (sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24/UE (sugli appalti pubblici) e 2014/25/UE (sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali), la materia ha trovato una espressa disciplina normativa a livello europeo, ma i requisiti normativi qualificanti la società *in house* non sono propriamente identici a quelli finora considerati.

In particolare, l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE (ma analoghe disposizioni si trovano nell'art. 17 della direttiva 2014/23/UE e nell'art. 28 della direttiva 2014/25/UE) ha modificato tali requisiti, perché, ferma la necessità del controllo analogo: 1) ha ammesso eccezionalmente forme di partecipazione di capitali privati, che non comportano controllo o potere di veto, che siano prescritte dalle disposizioni legislative nazionali in conformità dei trattati, e che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata; 2) ha indicato in modo puntuale, nel limite superiore all'80 per cento, l'entità dell'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione pubblica.

Il mutamento delle condizioni per la qualificazione di una società come società *in house* risulta in modo chiaro nel sistema di diritto interno da quanto, sul punto, è previsto nel sopra richiamato d.lgs. n. 175 del 2016, che sostanzialmente riproduce quanto stabilito nel d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), con il quale è stata data attuazione alle sopra menzionate direttive.

La definizione di società *in house* è contenuta all'art. 2, comma 1, lett. o) T.U.S.P., laddove si legge «*Ai fini del presente decreto si intendono: ... o) "società in house": le società sulle quali un'amministrazione esercita il controllo analogo o più amministrazioni esercitano il controllo analogo congiunto, nelle quali la partecipazione di capitali privati avviene nelle forme di cui all'articolo 16, comma 1, e che soddisfano il requisito dell'attività prevalente di cui all'articolo 16, comma 3.*»

Il richiamato art. 16 T.U.S.P. al comma 1 stabilisce che la società non deve prevedere la partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge, che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata, e al comma 3 precisa che gli statuti delle società devono prevedere che oltre l'80 per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.

Si deve tenere presente che al successivo comma 3 *bis* del medesimo articolo è stabilito che «*La produzione ulteriore rispetto al limite di fatturato di cui al comma 3, che può essere rivolta anche a finalità diverse, è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale della società.*»

È evidente che, in questo modo, il legislatore delegato ha consapevolmente previsto una disciplina più rigorosa rispetto al diritto europeo (che non impone alcune condizioni allo svolgimento delle attività ulteriori, ma neppure impedisce che tali condizioni vengano poste dal singolo Stato membro), riducendo l'ambito operativo delle società *in house* e, per l'effetto, espandendo le regole della concorrenza per il mercato.

Ovviamente il requisito dell'attività prevalente deve permanere durante lo svolgimento dell'attività sociale, tant'è che ai successivi commi 4, 5, e 6 dello stesso articolo è prevista una disciplina dettagliata, per i casi in cui tale requisito non venga mantenuto.

Proprio sul tema delle nuove caratteristiche della società *in house*, assume grande rilievo una pronuncia delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 17188/2018, Cirillo, Rv. 651804-01), ove si è precisato che la direttiva 2014/24/UE, che, come appena evidenziato, ha sensibilmente modificato i requisiti propri della società *in house*, non si applica alle fattispecie precedenti alla sua pubblicazione sulla G.U. dell'UE (e cioè non è retroattiva) e non è neppure immediatamente esecutiva, perché contiene la previsione di un termine per il suo recepimento, che lo Stato italiano ha pienamente rispettato mediante l'adozione del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici).

Nell'anno in rassegna la Corte di cassazione ha ribadito la necessaria esistenza dei requisiti sopra illustrati per poter ritenere esistente una società *in house*.

In particolare, **Sez. U, Sentenza n. 30006/2019, De Stefano, Rv. 656066-01**, in una fattispecie in cui una azienda speciale comunale si è trasformata in società per azioni, ha dato fondamentale rilievo alla necessità, per poter ritenere esistente una società *in house*, che vi fosse il divieto o comunque l'impossibilità di estendere la compagine sociale a soggetti privati.

Inoltre, **Sez. U, n. 32608/2019, Giusti, Rv. 656173-01**, dopo avere ampiamente illustrato i requisiti necessari per qualificare una società *in house*, ha affermato che la relativa nozione, come codificata nel d.lgs. n. 175 del 2016, non può spingersi fino a ricomprendere le società partecipate, non da una pubblica amministrazione, secondo la definizione desumibile dall'art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 175 del 2016, ma da un soggetto – nella specie la Fondazione ENPAM – che, pur svolgendo attività pubblicistica ed essendo conseguenzialmente sottoposto alla vigilanza ministeriale e al controllo della Corte dei conti, assuma tuttavia la qualificazione di ente privato e in tale veste operi all'esterno.

Di fondamentale rilievo è poi **Sez. U, n. 16741/2019, Bisogni, Rv. 65654581-01**, ove si ribadisce che la cognizione in ordine all'azione di responsabilità, promossa nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipate da enti pubblici, spetta alla Corte dei conti solo nel caso in cui tali società abbiano, al momento delle condotte ritenute illecite, tutti i requisiti per essere definite *in house providing*, con la precisazione che tali requisiti devono risultare da precise disposizioni statutarie in vigore all'epoca dei fatti (conf., da ultimo, Sez. U, n. 22409/2018, Virgilio, Rv. 650605-01), senza che abbia alcun rilievo la loro ricorrenza in fatto.

Tale precisazione assume fondamentale importanza, perché, con essa, le Sezioni Unite hanno preso espressa posizione su un orientamento che si è andato consolidando nella giurisprudenza contabile, volto a dare rilievo, a prescindere dalle previsioni statutarie, alla situazione esistente di fatto al momento della condotta, e cioè alla detenzione da parte del socio pubblico di tutto il capitale sociale della società partecipata, orientamento che invece non ha avuto l'avallo del giudice di legittimità.

4. Il fallimento.

La giurisprudenza di legittimità già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 175 del 2016 aveva affermato la soggezione a fallimento delle società a partecipazione pubblica (Sez. 1, n. 21991/2012, Didone, Rv. 624544-013 e Sez. 1, n. 22209/2013, Cristiano, Rv. 628660-01), ribadendo tale principio anche con riferimento alle società *in house* e con riguardo a fattispecie non disciplinate *ratione temporis* dal menzionato d.lgs. (Sez. 1, n. 03196/2017, Ferro, Rv. 643865-01 e Sez. 1, n. 17279/2018, Fichera, Rv. 649517-01).

Detto orientamento è stato confermato da **Sez. 1, n. 05346/2019, Terrusi, Rv. 653095-01**, ove la Corte ha ribadito che le società di capitali con partecipazione in

tutto o in parte pubblica sono assoggettate a fallimento, in quanto soggetti di diritto privato, ai sensi dell'art. 1 l.fall., tenuto conto che la posizione dell'ente pubblico all'interno di tali società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito.

La Corte ha precisato che tale principio vale anche per le società *in house*, perché l'eventualità del cd. controllo analogo, mediante il quale l'azionista pubblico svolge un'influenza dominante sull'ente, rendendo il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica, non incide sulla distinzione, sul piano giuridico-formale, tra P.A. ed ente privato societario, che è pur sempre centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante.

Anche quest'ultima pronuncia ha interessato fattispecie previgenti al d.lgs. n. 175 del 2016, il quale, all'art. 14, ha espressamente assoggettato tutte le società a partecipazione pubblica alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo e, in presenza dei presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

Tale disposizione normativa dirime ogni dubbio interpretativo, essendo chiaramente applicabile a tutte le società a partecipazione pubblica, comprese le società soggette a controllo pubblico e quelle *in house*.

D'altronde, nella relazione illustrativa al d.lgs. cit. si legge che il legislatore delegato non ha ritenuto di accogliere le osservazioni del Consiglio di Stato e della Commissione V Bilancio della Camera, i quali miravano a differenziare la disciplina delle crisi aziendali rispetto a diverse tipologie di società (*in house* o strumentali), ritenendo tale soluzione contraria all'impostazione privatistica della disciplina delle crisi, attribuita al testo normativo.

Come già evidenziato, tale assetto resterà immutato anche a seguito dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa (d.lgs. n. 14 del 2019), che ha fatto espressamente salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi d'impresa delle società pubbliche (art. 1, comma 3).

5. L'azione di responsabilità sociale contro i componenti degli organi sociali e i dipendenti.

Quest'argomento è stato tra i più controversi soprattutto in dottrina, sebbene la giurisprudenza di legittimità (non sempre in accordo con quella contabile) abbia adottato soluzioni interpretative che nel tempo si sono consolidate.

La questione è quella della sussistenza o meno della giurisdizione della Corte dei conti, ove venga prospettata la responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo o anche dei dipendenti, per danni cagionati a società a partecipazione pubblica o a società *in house*. Si tratta, in altre parole, di accertare se in queste ipotesi è configurabile un danno erariale oppure no.

In materia è, com'è noto, intervenuto, l'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016, il quale al comma 1, prima parte, ha stabilito che *«I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house»*.

Nella seconda parte del comma 1 dello stesso articolo, è inoltre previsto che *«È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2 »* e al successivo comma 2 è chiarito che *«Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione»*.

Le questioni interpretative preesistenti si sono riversate sulla portata di tali disposizioni, le quali non hanno risolto i contrasti esistenti, ma hanno semplicemente spostato l'oggetto della discussione.

Prima dell'adozione di tali norme, le soluzioni offerte dalla giurisprudenza di legittimità hanno tutte ruotato attorno a due pronunce fondamentali.

In primo luogo si deve richiamare Sez. U, n. 26806/2009, Rordorf, Rv. 610656-01, ove si è affermato che spetta al giudice ordinario la giurisdizione in ordine all'azione di risarcimento dei danni subiti da una società a partecipazione pubblica per effetto di condotte illecite degli amministratori o dei dipendenti (nella specie, consistenti nell'avere accettato indebite dazioni di denaro, al fine di favorire determinate imprese nell'aggiudicazione e nella successiva gestione di appalti), perché non è in tal caso configurabile, avuto riguardo all'autonoma personalità giuridica della società, né un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente pubblico titolare della partecipazione, né un danno direttamente arrecato allo Stato o ad altro ente pubblico, idonei a radicare la giurisdizione della Corte dei conti.

In tale decisione, le Sezioni Unite hanno anche precisato che sussiste la giurisdizione contabile, quando l'azione di responsabilità trovi fondamento nel comportamento di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, in tal modo pregiudicando il valore della partecipazione, ovvero nel caso in cui i comportamenti degli amministratori o dei sindaci siano tali da compromettere la ragione stessa della partecipazione sociale dell'ente pubblico o tali da arrecare direttamente pregiudizio al patrimonio del medesimo ente, con la precisazione che in quest'ipotesi l'azione erariale concorre con l'azione civile prevista dagli artt. 2395 e 2476 c.c.

Tranne pronunce isolate, la successiva giurisprudenza di legittimità si è conformata a tale opzione interpretativa, ravvisando però ipotesi che costituiscono eccezioni alla regola e perciò consentono la (concorrente) giurisdizione erariale.

Si tratta, in particolare, delle decisioni che hanno riguardato il danno cagionato a società-enti pubblici (in proposito, v. Sez. U, n. 27092/2009, Bucciante, Rv. 610699-01 e Sez. U, n. 15594/2014, Rordorf, Rv. 631592-01, nonché Sez. U, n. 24737/2016, Frasca, Rv. 641770-01 con riferimento alle società assimilabili agli enti pubblici) e quelle relative al pregiudizio subito dalle società *in house*.

Proprio con riferimento a questa ultima tipologia di società, occorre richiamare la seconda delle pronunce fondamentali sopra menzionate (Sez. U, n. 26283/2013, Rordorf, Rv. 628437-01), che, appunto, ha per la prima volta esaminato il problema della verifica della giurisdizione contabile nel caso dell'esperimento dell'azione di responsabilità contro amministratori e sindaci di società *in house*.

In tale sentenza, si è prima di tutto precisato che l'orientamento avviato da Sez. U, n. 26806/2009 deve essere, in via generale, tenuto fermo, anche alla luce della normativa sopravvenuta, che è stata richiamata ed esaminata.

È stata poi analizzata la figura della società *in house* nel contesto normativo e interpretativo in cui è sorta e, esaminati i requisiti qualificanti già illustrati (all'epoca, la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui loro uffici), si è rilevato che ciò che davvero è difficile conciliare con la figura della società di capitali, intesa quale persona giuridica autonoma e distinta dai soggetti che in essa agiscono, è la totale assenza, in tale tipologia di società, di un potere decisionale suo proprio, in conseguenza del totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico titolare della partecipazione sociale (del tutto distinta dal potere di direzione e di coordinamento di cui all'art. 2497 ss. c.c. e dai particolari diritti riguardanti l'amministrazione, che possono essere conferiti al socio di s.r.l. ai sensi dell'art. 2468, comma 3, c.c.).

Le Sezioni Unite hanno così affermato che la società *in house* non sembra in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, che infatti ne dispone come di una propria articolazione interna, aggiungendo che il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è in questi casi squarciato. Non si realizza dunque la distinzione tra socio (pubblico) e società (*in house*) in termini di alterità soggettiva. L'uso del vocabolo società serve solo a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario, ma non può parlarsi di una società di capitali, intesa come persona giuridica autonoma, cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio.

In conseguenza di ciò, le medesime Sezioni Unite hanno ritenuto che le conclusioni cui è in precedenza pervenuta, nell'individuare i limiti della giurisdizione del giudice contabile, nelle cause riguardanti la responsabilità degli organi di società a partecipazione pubblica, non possono valere per le società *in house*, perché - quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione - queste ultime hanno della società solo la forma esteriore, ma costituiscono in realtà delle articolazioni della P.A., da cui promanano, e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e autonomi. Ne consegue che gli organi di tali società, assoggettati come sono a vincoli gerarchici facenti capo alla pubblica amministrazione, neppure possono essere considerati, a differenza di quanto accade per gli amministratori delle altre società a partecipazione pubblica, come investiti di un mero *munus* privato, inerente ad un rapporto di natura negoziale instaurato con la medesima società. Essendo preposti ad una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa P.A., è da ritenersi che essi siano personalmente a questa legati da un vero e proprio rapporto di servizio, non altrimenti di quel che accade per i dirigenti preposti ai servizi erogati direttamente dall'ente pubblico. L'impossibilità di configurare un rapporto di alterità tra l'ente pubblico e la società *in house* si riflette anche sulla qualificazione del patrimonio, da intendersi in termini di mera separazione e non di distinta titolarità, con conseguente affermazione della natura erariale del danno cagionato dagli atti illegittimi dei suoi amministratori.

Tale soluzione è stata seguita dalla giurisprudenza successiva (Sez. U, n. 05491/2014, Nobile, Rv. 629863-01 e Sez. U, n. 26643/2016, D'Ascola, Rv. 641801-01; Sez. U, n. 22409/2018, Virgilio, Rv. 650605-01; Sez. U, n. 17188/2018, Cirillo, Rv. 651804-01).

In continuità con il descritto orientamento, **Sez. U, n. 16741/2019, Bisogni, Rv. 654581-01** ha ribadito che la cognizione in ordine all'azione di responsabilità promossa nei confronti degli organi di gestione e di controllo di società di capitali partecipate da enti pubblici spetta alla Corte dei conti solo nel caso in cui tali società abbiano, al momento delle condotte illecite, tutti i requisiti per essere definite *in house providing*, i quali devono risultare da precise disposizioni statutarie in vigore all'epoca, perché non ha rilievo la loro mera ricorrenza in fatto.

Nella stessa ottica, **Sez. U, n. 30006/2019, De Stefano, Rv. 656066-01**, ha escluso la giurisdizione contabile, nel caso in cui, esperita l'azione di responsabilità per i danni arrecati ad una società per azioni, in cui si è trasformata una preesistente azienda speciale comunale, sia dedotto un pregiudizio al patrimonio della società in sé e per sé considerato (e non al patrimonio dell'ente pubblico che pure possa, o debba, risponderne), a maggior ragione quando manchino tutti i presupposti per configurare una società *in house* (e, in particolare, il divieto o l'impossibilità di estendere la compagine sociale a soggetti privati), oppure quando siano dedotti fatti

anche anteriori alla trasformazione, ma quali presupposti o antefatti di condotte successive, poste a fondamento della domanda.

Sempre in conformità all'orientamento sopra illustrato, **Sez. U, n. 31755/2019, Conti, Rv. 656080-01**, ha ritenuto sussistente la giurisdizione contabile in una fattispecie in cui era stato prospettato un danno subito dall'ente pubblico, socio maggioritario di una società a partecipazione pubblica, concessionaria del servizio di riscossione tributi, conseguente alla condotta, oltre che della società, anche dell'amministratore di quest'ultima, proprio perché si è trattato della rappresentazione di un danno cagionato direttamente al patrimonio del socio pubblico (il Comune) e non a quello della società.

In tale quadro, particolare rilievo assume **Sez. U, n. 22712/2019, Scarano, Rv. 655114-01**, perché vengono affermati i medesimi principi appena illustrati, ma un giudizio instaurato successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 175 del 2016.

In particolare in tale pronuncia viene affermato che il danno al patrimonio di una società a partecipazione pubblica, conseguente a *mala gestio* da parte degli amministratori (o componenti dell'organo di controllo) e dei dipendenti, non è qualificabile in termini di danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico, che della detta società sia socio, perché la distinzione tra la società di capitali e i singoli soci e la piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente, né di configurare un rapporto di servizio tra l'ente medesimo e l'agente.

Secondo il giudice di legittimità, la domanda con la quale si fa valere la responsabilità degli organi sociali resta di regola devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, mentre quella della Corte dei conti è ravvisabile eccezionalmente nelle due specifiche fattispecie delle società *in house* e delle "società legali", caratterizzate, rispettivamente, da una struttura corrispondente ad un'articolazione interna alla stessa P.A. (cui è immanente il rapporto di servizio tra quest'ultima e gli amministratori e dipendenti della società) e da uno statuto speciale che consente di qualificarle come sostanziali enti pubblici.

In motivazione, nel fare riferimento alle particolari ipotesi di responsabilità erariale in caso di società *in house*, le Sezioni Unite hanno richiamato, a sostegno della ricostruzione operata, accanto alla propria giurisprudenza, sopra riportata, anche il disposto dell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016, letto in perfetta continuità con l'orientamento interpretativo in precedenza maturato.

La S.C. aveva peraltro già mostrato (sia pure in un *obiter dictum*) di aderire alla tesi che legge il disposto dell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016 in continuità con l'orientamento interpretativo fino ad allora essa stessa espresso.

Il riferimento è a Sez. 1, n. 03196/2017, Ferro, Rv. 643865-01, ove, nel ritenere la fallibilità delle società *in house* in una fattispecie non disciplinata *ratione temporis* dal d.lgs. n. 175 del 2016, la Corte ha ribadito che a tali figure societarie è stata attribuita la natura di articolazioni interne dell'ente partecipante, ai soli fini della verifica della sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti, precisando che in questo modo si è venuta a determinare una responsabilità aggiuntiva (contabile) rispetto a quella comune – secondo i dettami della richiamata sentenza a Sezioni Unite n. 26283/2013, che, si afferma, sono stati ripresi dall'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016 – ma senza l'effetto di far perdere l'applicazione dello statuto dell'imprenditore.

Due sono le affermazioni importanti. Da un lato, si ritiene che l'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016 ha ripreso i dettami della sentenza a Sezioni Unite n. 26283/2013. Da un altro lato, si precisa che la responsabilità contabile è aggiuntiva a quella ordinaria.

6. L'azione di responsabilità *ex art. 146 l.fall.*

Come sopra evidenziato, la giurisprudenza di legittimità, prima ancora della formulazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016, aveva già riservato uno spazio alla giurisdizione contabile in caso di azione sociale di responsabilità nei confronti di componenti degli organi di gestione e di controllo (o anche dei dipendenti) delle società *in house*, sia pure precisando che, in questi casi, la giurisdizione contabile non è esclusiva, ma concorre con quella ordinaria.

La stessa giurisprudenza ha di recente affrontato la questione della possibilità di pervenire o meno alle medesime conclusioni, nel caso in cui, fallita la società *in house*, l'azione di responsabilità sia esperita dal curatore *ex art. 146 l.fall.*, in una fattispecie cui, *ratione temporis*, non era applicabile il d.lgs. n. 175 del 2016.

A tal proposito si deve senza dubbio richiamare Sez. U, n. 22406/2018, Campanile, Rv. 650453-01), ove le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario originariamente adito.

Senza porsi in contrasto con le precedenti pronunce n. 26806 del 2009 e n. 26283 del 2013, sopra illustrate, le Sezioni Unite hanno richiamato le precisazioni successivamente operate dalla stessa giurisprudenza di legittimità, attribuendo rilievo fondamentale alla clausola ermeneutica generale, in senso privatistico, prevista dall'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., in l. n. 135 del 2012, e al principio successivamente stabilito dall'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016, a tenore del quale, per tutto quanto non derogato dalle relative disposizioni, tutte le società a partecipazione pubblica (e perciò anche le società *in house*) sono disciplinate dalle norme sulle società contenute nel codice civile.

Secondo le Sezioni Unite, una volta scelto il paradigma privatistico societario, deve ritenersi naturale che quella scelta, ove non vi siano specifiche disposizioni in

contrario o ragioni ostative di sistema, comporti l'applicazione del regime giuridico proprio dello strumento adottato.

Ribadita quindi la possibilità, in via generale, del concorso fra la giurisdizione ordinaria e quella contabile, stante la tendenziale diversità di oggetto e di funzione fra le diverse azioni (anche richiamando, come già evidenziato, a fini ermeneutici il disposto dell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016), le stesse Sezioni Unite hanno esaltato la necessità di ricondurre l'azione esercitata dalla curatela fallimentare alla giurisdizione del giudice ordinario, considerata la natura prettamente civilistica delle norme azionate, alle quali la società, per le ragioni sopra indicate, non può sottrarsi. Inoltre, sotto un altro profilo, hanno dato rilievo all'esigenza di tutela degli interessi dei creditori concorsuali, che altrimenti verrebbero frustrati.

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, le Sezioni Unite hanno, in particolare, considerato che l'azione di responsabilità esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, l. fall., che cumula le diverse azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 c.c., assumendo un contenuto inscindibile e una connotazione autonoma, costituisce uno strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato, a garanzia sia dei soci che dei creditori sociali, ed è la necessaria conseguenza dell'ammissione della società *in house* al fallimento.

Pienamente conforme alla pronuncia appena illustrata è **Sez. U, n. 10019/2019, Vincenti, Rv. 653596-02**, relativa ad un'azione di responsabilità sociale promossa dal curatore fallimentare dopo l'entrata in vigore dell'art. 12 del d.lgs. n. 175 del 2016.

In quest'ultima statuizione, le Sezioni Unite hanno riportato in motivazione tutti i passaggi argomentativi di Sez. U, n. 22406/2018, Campanile, Rv. 650453-01, facendoli propri, ed aggiungendo che non può ritenersi che la previsione della responsabilità contabile possa paralizzare l'attuazione della tutela dei creditori sociali, perché altrimenti si opterebbe per una soluzione che avrebbe conseguenze di dubbia tenuta costituzionale.

Sempre in motivazione, le stesse Sezioni Unite hanno evidenziato che, in questi casi, non è valorizzabile il principio di concentrazione delle tutele di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 174 del 2016, poiché, a prescindere da problemi di ordine processuale, è anche da escludere la possibilità di una pronuncia di condanna da parte della Corte dei conti in favore della società *in house* anziché dell'ente socio, così da offrire tutela ai creditori.

Pur ravvisando l'esigenza di evitare una duplicazione dei risarcimenti, le Sezioni Unite hanno anche precisato che ciò involge questioni applicative, ma non incide sulla configurabilità o meno della giurisdizione dell'uno o dell'altro giudice.

In altre parole, secondo la pronuncia in esame, la concorrenza di differenti discipline comporta che la società a partecipazione pubblica (anche se *in house*) è assoggettata alle regole concernenti i soggetti pubblici là dove ciò è stabilito. Essa

resta invece assoggettata, nel resto, alle normali regole privatistiche ai fini dell'organizzazione e del funzionamento. L'intento di Sez. U, n. 26283/2013, Rordorf, Rv. 628437-01, sopra riportata, è ricondotto alla finalità di preservare l'erario dalla *mala gestio* degli organi sociali delle società "strumento" della P.A., in un'ottica di rafforzamento della responsabilità che ne investe gli organi, come poi recepito dal d.lgs. n. 175 del 2016, e non di limitare, o addirittura negare, la tutela dei creditori sociali, entrati in relazione con la società, facendo affidamento sulla natura privata del soggetto, nella consapevolezza dell'esistenza di deroghe al regime ordinario limitatamente a quelle espressamente previste.

7. La revoca degli amministratori nominati ai sensi dell'art. 2449 c.c.

La S.C. si è più volte occupata del riparto di giurisdizione in relazione alle controversie riguardanti la nomina o la revoca *ex art.* 2449 c.c. di amministratori e sindaci di società a partecipazione pubblica, e dunque anche di società *in house*, ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, e non quella del giudice amministrativo.

A fondamento di tale soluzione interpretativa vi è la considerazione che si tratta di controversie che investono atti compiuti dall'ente pubblico *uti socius*, e non *iure imperii*, posti in essere "a valle" della scelta di costituire una società o di partecipare ad essa (così Sez. U, n. 01237/2015, Di Palma, Rv. 633757-01, Sez. U, n. 19676/2016, Frasca, Rv. 641090-01 e Sez. U, n. 21299/2017, Scarano, Rv. 645313-01, nonché, con riferimento specifico alle società *in house*, Sez. U, n. 24591/2016, Spirito, Rv. 641767-01).

Tale orientamento è confermato dalle pronunce adottate nel periodo in rassegna. In particolare, le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 16335/2019, Cristiano, Rv. 654577-01**) hanno affermato che spetta al giudice ordinario la cognizione della controversia concernente la legittimità dell'atto emesso dal Sindaco, ai sensi dell'art. 50, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 267 del 2000, con il quale ha revocato gli amministratori di una società partecipata dal Comune, trattandosi di provvedimento attinente ad una situazione giuridica successiva alla costituzione della società stessa, idoneo ad incidere internamente sulla sua struttura ed espressione di una potestà di diritto privato ascrivibile all'ente pubblico *uti socius*, esercitata dal Sindaco in conformità degli indirizzi stabiliti dal Consiglio comunale. Nella stessa decisione peraltro, le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 16335/2019, Cristiano, Rv. 654577-02**) hanno anche precisato che la norma sopra richiamata, nell'attribuire al Sindaco il potere di revoca degli amministratori delle società partecipate dal Comune entro 45 giorni dal suo insediamento, integra di per sé una giusta causa di revoca, avendo una propria autonoma rilevanza rispetto alle altre cause di revoca statutarie e assembleari, ed è

giustificata dal fatto che fra l'ente locale e i menzionati amministratori sussiste un rapporto di natura fiduciaria fondato sull'*intuitus personae*.

Anche in un'altra pronuncia (**Sez. U, n. 29078/2019, Scaldaferri, Rv. 656066-01**) le Sezioni Unite hanno ritenuto che spetta al giudice ordinario, e non al giudice amministrativo, la cognizione della controversia relativa alla revoca dell'amministratore nominato ai sensi dell'art. 2449 c.c., trattandosi di atto posto in essere dall'ente pubblico "a valle" della scelta iniziale di avvalersi dello strumento societario, compiuto avvalendosi degli strumenti che il diritto comune gli attribuisce nella sua qualità di socio e dunque interamente regolato dal diritto privato, come si evince chiaramente dal testo del richiamato art. 2449 c.c., il quale, da un lato, individua nello statuto sociale, e dunque in un atto fondamentale di natura negoziale, la fonte esclusiva dell'attribuzione al socio pubblico della facoltà di nominare un numero di amministratori proporzionale alla sua partecipazione, con la correlata facoltà di revocarli, e, dall'altro, precisa che gli amministratori così nominati hanno i medesimi diritti e i medesimi obblighi di quelli designati dall'assemblea, sicché, al pari di questi ultimi, godono dei soli diritti previsti dall'art. 2383, comma 3, c.c., tra i quali non può rientrare, senza violare il principio normativo di uguaglianza dei diritti, la pretesa alla reintegrazione a seguito del sindacato sulla legittimità del provvedimento di revoca, spettando loro solo il diritto al risarcimento dei danni, ove il giudice ritenga che la revoca non sia sorretta da giusta causa.

In tale quadro, si deve da ultimo menzionare **Sez. U, n. 34473/2019, Perrino, Rv. 656574-01**, ove, con riferimento ad una controversia riguardante l'impugnazione del provvedimento sindacale con il quale siano individuati i soggetti idonei ad essere nominati amministratori di una fondazione partecipata dal comune, le Sezioni Unite hanno ritenuto sussistere la giurisdizione del giudice ordinario, richiamando la giurisprudenza maturata con riferimento alle società *in house* ed evidenziando l'impossibilità di ricondurre la fondazione alla pur ampia nozione di pubblica amministrazione, contenuta nell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 104 del 2010, in mancanza della configurabilità di poteri pubblicistici in capo alla stessa.

8. Altre questioni.

La riconduzione delle società a partecipazione pubblica in generale e delle società *in house* in particolare alla disciplina privatistica, in assenza di diverse disposizioni normative o di ragioni ostative di sistema, influenza anche il settore dei rapporti di lavoro del personale di tali società (che pure, alla presenza di determinate condizioni, ha una particolare disciplina in tema di reclutamento) e quello riguardante gli obblighi contributivi, in relazione ai quali si rinvia ai rispettivi capitoli di questa *Rassegna*.

CAPITOLO XXVIII

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE

(DI DARIO CAVALLARI, MARIA ELENA MELE ED ALDO NATALINI)*

SOMMARIO: 1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali. - 2. La notifica del verbale di accertamento. - 3. Giurisdizione e principio di specialità. - 4. Competenza ed incompetenza. - 5. Altri vizi procedurali. - 6. Elemento psicologico e cause di giustificazione. - 7. Prescrizione. - 8. Cumulo di reati e concorso di persone. - 9. La determinazione della sanzione in caso di pluralità di violazioni rimessa all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea. - 10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedurali. - 11. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta. - 12. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione. - 13. Sanzioni amministrative CONSOB e coerenza dell'informazione diffusa. - 14. Abuso di informazioni privilegiate e confisca. - 15. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e le questioni di legittimità costituzionale prospettate. - 16. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario. - 17. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada. - 17.1. L'irrogazione delle sanzioni e la notificazione del verbale di accertamento. - 17.2. L'opposizione, la competenza, i suoi effetti, il termine di proposizione, i soggetti legittimati e la patente a punti. - 17.3. Le modalità di accertamento delle violazioni e i soggetti legittimati ad effettuarlo: "autovelox", "alcoholtest" e poteri della Polizia municipale. - 17.4. Il concorso di violazioni. - 17.5. "Contrassegno invalidi", autorizzazioni all'accesso in zona a traffico limitato ed al trasporto di merci su strada, sospensione e revoca della patente, nozione di veicolo "fuori uso". - 18. Le sanzioni diverse da quelle comminate per infrazioni al codice della strada. - 18.1. Indebita percezione di aiuti comunitari. - 18.2. Incarichi retribuiti non autorizzati a pubblici dipendenti. - 18.3. Le affissioni abusive. - 18.4. Le altre sanzioni.

1. Principi generali, struttura impugnatoria del giudizio e regole processuali.

La struttura del giudizio di opposizione a sanzioni amministrative è di tipo impugnatorio. Esso riguarda, come ricorda, da ultimo, **Sez. 6-2, n. 21146/2019, Carrato, Rv. 655278-01**, in continuità con l'indirizzo nomofilattico di Sez. U, n. 01786/2010, Goldoni, Rv. 611243-01, il rapporto giuridico sotteso, avente fonte legale in un'obbligazione di tipo sanzionatorio (così già Sez. 2, n. 12503/2018, Carrato, Rv. 648753-01; Sez. 2, n. 09286/2018, Criscuolo, Rv. 648150-01).

Al descritto paradigma impugnatorio è annesso un rigido sistema preclusivo (Sez. 2, n. 27909/2018, Picaroni, Rv. 651033-01), valevole per ogni soggetto coinvolto nel giudizio di opposizione, sicché tutte le ragioni poste alla base della richiesta di nullità (o di annullamento) dell'atto devono essere prospettate nel ricorso introduttivo, entro i termini di legge. Al ricorrente non è consentito di integrare in corso di causa i motivi originariamente adottati, non potendo egli ampliare il *thema decidendum* mediante domande nuove diverse dalla *causa petendi* fatta valere con l'opposizione,

* Aldo Natalini ha redatto i paragrafi da 1 ad 8, Dario Cavallari quelli da 9 a 16 e Maria Elena Mele quelli da 17 a 18, compresi i relativi sottoparagrafi. Il coordinamento è stato svolto da Dario Cavallari.

mentre l'Amministrazione resistente non può dedurre, a sostegno della pretesa sanzionatoria, motivi o circostanze differenti da quelle enunciate con l'ordinanza, stante il carattere vincolato del provvedimento di irrogazione della sanzione amministrativa, in conformità al principio di tassatività dettato dall'art. 1 della l. n. 689 del 1981 (ribadito da Sez. 1, n. 06965/2018, Mercolino, Rv. 648110-01), con conseguente immutabilità del relativo contenuto (in termini anche Sez. 1, n. 13433/2016, Bernabai, Rv. 640355-01). Infine, il giudice non può rilevare d'ufficio, fuori dei limiti dell'oggetto dello stesso giudizio così delimitato, eccezioni relative a vizi o ragioni di nullità del provvedimento opposto o del procedimento che ne ha preceduto l'emanazione distinti da quelli dedotti dal ricorrente, salvo che essi incidano sull'esistenza dell'atto impugnato.

Sulla scorta di questa impostazione, **Sez. 6-2, n. 01921/2019, Carrato, Rv. 652384-01**, ha precisato che l'onere della prova del completo espletamento delle attività strumentali all'accertamento grava, nel giudizio di opposizione, sulla P.A. poiché concerne il fatto costitutivo della pretesa sanzionatoria. Per l'esattezza, mentre l'onere di allegazione è a carico dell'opponente, quello probatorio soggiace alla regola ordinaria dell'art. 2697 c.c. e, quindi, è la P.A., quale attore sostanziale, che deve dare la prova dei fatti costitutivi posti a fondamento della sua pretesa, dovendo, invece, l'opponente dimostrare, qualora abbia dedotto fatti specifici incidenti o sulla regolarità formale del procedimento o sulla esclusione della sua responsabilità nella commissione dell'illecito, le sole circostanze negative contrapposte a quelle indicate dall'amministrazione.

Legittimato passivo del giudizio di opposizione ad ordinanza emanata ai sensi della l. n. 689 del 1981 è esclusivamente il destinatario dell'ingiunzione, al quale è addebitata la violazione: ciò anche in caso di eventuale responsabilità sanzionatoria con il vincolo di solidarietà (come ha precisato Sez. 2, n. 09286/2018, Criscuolo, Rv. 648150-01), sicché non è consentita la partecipazione di soggetti diversi dall'ingiunto e dall'Amministrazione ingiungente. Quanto a quest'ultima, l'art. 23 della l. n. 689 cit. identifica nell'autorità che ha emesso l'ordinanza la parte legittimata nel giudizio di opposizione: come puntualizzato da **Sez. 2, n. 18198/2019, Tedesco, Rv. 654469-01**, tale legittimazione rimane ferma, in difetto di una diversa previsione normativa, nel corso dell'intero giudizio e, dunque, pure se vi è impugnazione. Ne deriva che, quando oggetto dell'opposizione sia un'ordinanza prefettizia, la legittimazione processuale (attiva e passiva) spetta al prefetto il quale, benché organo periferico del Ministero dell'interno, agisce nell'ambito di una specifica autonomia funzionale, con l'ulteriore conseguenza che, in deroga alle comuni regole di rappresentanza dello Stato, soltanto lo stesso prefetto, e non il Ministro dell'interno, è legittimato a proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza che ha deciso sull'opposizione.

Regola processuale comune ai procedimenti di opposizione, nella vigenza del d.lgs. n. 150 del 2011 (che ha previsto – come noto – misure di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione), è l'applicazione degli artt. 429, comma 1, e 437, comma 1, c.p.c., giustificata – per quanto precisato da Sez. 2, n. 00072/2018, Bellini, Rv. 646662-01 – dal rinvio generale contenuto nell'art. 2, comma 1, del menzionato d.lgs. n. 150. Ne deriva che anche in secondo grado il giudice d'appello, nel pronunciare la sentenza, deve, a pena di nullità insanabile, dare lettura del dispositivo all'esito dell'udienza di discussione (*contra* Sez. 2, n. 12954/2015, Picaroni, Rv. 635706-01, che, al contrario, ha escluso, in mancanza di un'espressa disciplina, l'automatica estensibilità delle regole speciali dettate per il giudizio di primo grado).

Quanto al deposito di documenti strettamente connessi all'impugnazione da parte dell'amministrazione, secondo **Sez. 3, n. 15887/2019, Porreca, Rv. 654292-01**, il termine di cui all'art. 7, comma 7, del d.lgs. n. 150 del 2011 non è perentorio, a differenza di quello previsto dall'art. 416 c.p.c., che si applica, invece, in virtù del richiamo operato dal comma 1 del cit. art. 7, agli altri documenti depositati dall'amministrazione.

In caso di solidarietà ai sensi dell'art. 6 della l. n. 689 del 1981, ad avviso di **Sez. 2, n. 00303/2019, Tedesco, Rv. 652052-01**, il limite apportato dal comma 2 dell'art. 1306 c.c. al principio enunciato nel comma 1 è applicabile pure alle obbligazioni basate su rapporti giuridici pubblicistici, con l'effetto che la sentenza pronunciata tra il creditore e uno dei debitori solidali è opponibile al creditore da parte degli altri, ove ad essi favorevole e non fondata su ragioni personali al condebitore nei confronti del quale è stata emessa, purché essi abbiano partecipato al relativo giudizio. In precedenza, se l'oggetto dell'unico provvedimento sanzionatorio era costituito da più condotte poste in essere da più soggetti, Sez. 2, n. 21347/2018, Gorjan, Rv. 650036-01, aveva escluso che il giudicato relativo all'accoglimento dell'opposizione proposta da taluni di essi potesse spiegare i suoi effetti verso dei concorrenti rimasti estranei al giudizio, stante la diversità delle parti e delle condotte addebitate.

In ordine all'attività istruttoria, **Sez. 2, n. 34034/2019, Scarpa, Rv. 656329-01**, ha rilevato che, nel giudizio di opposizione ad ordinanza-ingiunzione (nella specie, disciplinato *ratione temporis* dagli artt. 22 e ss. della l. n. 689 del 1981), il Tribunale, sulla base dei poteri concessi dall'art. 23, comma 6, l. n. 689 cit., può procedere, nell'esercizio di una facoltà rimessa al suo prudente apprezzamento e sganciata dalla decadenza in cui siano eventualmente incorse le parti nella formulazione delle richieste istruttorie, all'audizione d'ufficio degli agenti accertatori, rappresentando la verifica della fondatezza della pretesa sanzionatoria, del rapporto e degli atti relativi all'accertamento ed alla contestazione della violazione la base di partenza dell'indagine giudiziale, la quale può essere eventualmente integrata con quei

chiarimenti che il giudicante, attraverso l'esame dei verbalizzanti, ritenga necessari ai fini della verifica della consistenza dell'addebito o, per converso, dei motivi di opposizione.

Infine, con una pronuncia che si è occupata dei rapporti fra diverse autorità, **Sez. 2, n. 09699/2019, Falaschi, Rv. 653489-01**, ha affermato che il trattamento sanzionatorio previsto dalla normativa regionale rientra tra le facoltà attribuite al legislatore locale ai sensi dell'art. 117 Cost., con il solo limite della non manifesta irragionevolezza, in quanto finalizzato a garantire l'effettività della sanzione, amministrativa o penale, mentre non risulta pertinente il richiamo al principio di progressività della contribuzione, perché riguardante unicamente le violazioni tributarie. (Nella specie, la S.C. ha rigettato la domanda del ricorrente, il quale aveva ritenuto che l'entità della sanzione comminatagli *ex art. 19, comma 4, della l.r. Lombardia n. 6 del 2012*, per avere violato il vincolo di inalienabilità e destinazione d'uso apposto su mezzi acquistati con finanziamento pubblico e destinati al trasporto di linea, contrastasse col principio di progressività della contribuzione in quanto di importo decisamente superiore all'ammontare del contributo pubblico erogato e allo stesso valore del mezzo).

2. La notifica del verbale di accertamento.

Come chiarito da **Sez. 2, n. 27405/2019, Varrone, Rv. 655686-01**, in tema di sanzioni amministrative, qualora non sia avvenuta la contestazione immediata dell'illecito, il momento dell'accertamento – in relazione al quale va collocato il *dies a quo* del termine previsto dall'art. 14, comma 2, della l. n. 689 del 1981 per la notifica degli estremi della violazione – non coincide con quello di acquisizione del fatto nella sua materialità da parte dell'autorità che ha ricevuto il rapporto, ma va individuato nella data in cui detta autorità ha completato l'attività intesa a verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi dell'infrazione; compete al giudice di merito valutare la congruità del tempo utilizzato per tale attività, in rapporto alla maggiore o minore difficoltà del caso, con apprezzamento incensurabile in sede di legittimità, se correttamente motivato.

Questo principio deve essere coordinato con l'altro, espresso da **Sez. 2, n. 10841/2019, Casadonte, Rv. 653502-01**, in base al quale, in tema di sanzioni amministrative, ove la notificazione del verbale di accertamento dell'infrazione sia stata effettuata a mezzo posta da un funzionario dell'amministrazione, l'omessa stesura, sull'originale e sulla copia dell'atto, della relazione di notifica, integra una mera irregolarità ed è priva di conseguenze invalidanti, specialmente quando detta notifica abbia raggiunto il suo scopo.

3. Giurisdizione e principio di specialità.

In tema di giurisdizione, **Sez. U, n. 31029/2019, Lamorgese, Rv. 656076-01**, ha ritenuto che la controversia avente ad oggetto la sanzione amministrativa comminata dalla ASL – nell’ambito dell’attività di vigilanza e controllo sulla congruità ed appropriatezza del servizio pubblico reso – ad una struttura privata operante in regime di accreditamento, sia devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto concerne prestazioni effettuate in esecuzione del rapporto, a carattere paritario e contenuto meramente patrimoniale, di concessione di pubblico servizio, non venendo in rilievo l’esercizio, da parte della P.A., di poteri autoritativi e discrezionali. Questa decisione sembra porsi in contrasto con Sez. U, n. 18168/2017, Scrima, Rv. 645126-01, che aveva riconosciuto, invece, la giurisdizione amministrativa.

Inoltre, Sez. U, n. 22426/2018, Scrima, Rv. 650456-01, ha ribadito il radicamento innanzi al giudice ordinario della materia delle opposizioni ad ordinanza-ingiunzione di pagamento per violazione della normativa urbanistica ed edilizia, sulla base di un duplice rilievo argomentativo (tratto da Sez. U, n. 11388/2016, Giusti, Rv. 639955-01), che pare opportuno richiamare perché espressivo di un indirizzo consolidato.

Anzitutto, il massimo Consesso ha valorizzato l’art. 22-*bis*, comma 2, lett. c), della l. n. 689 del 1981 – abrogato dall’art. 34, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 150 del 2011 – che attribuisce al Tribunale ordinario le opposizioni alle sanzioni in materia urbanistica.

In secondo luogo, in piena aderenza all’orientamento nomofilattico in materia (fra le ultime: Sez. U, n. 08076/2015, D’Ascola, Rv. 634939-01; Sez. U, n. 01528/2014, Spirito, Rv. 628859-01), la S.C. ha sottolineato che, pur essendo la materia urbanistica compresa in quelle per cui l’art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998 prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l’opposizione a sanzione amministrativa non genera una controversia nascente da atti della P.A. relativi alla gestione del territorio, costituendo i provvedimenti sanzionatori la reazione a condotte del privato illegittime. Infatti, in presenza di tali provvedimenti, non sorge la necessità, alla base della previsione di giurisdizione esclusiva, di distinguere gli aspetti concernenti diritti soggettivi da quelli riguardanti interessi legittimi, poiché la situazione giuridica di chi deduce di essere stato sottoposto ingiustamente a sanzione ha consistenza di diritto soggettivo.

Analogamente Sez. U, n. 10268/2018, Giusti, Rv. 648133-01, in tema di sanzioni pecuniarie relative alla tutela ed all’uso del suolo, ha confermato la devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle cause in ordine alla procedura di riscossione coattiva del credito ai sensi del r.d. n. 639 del 1910. La motivazione ha messo in evidenza *ut supra* il diritto soggettivo di chi deduca di essere stato sottoposto a sanzione amministrativa, reiterando gli argomenti esposti dalla cit. Sez. U, n.

11388/2016, Giusti, Rv. 648133-01, circa l'irrilevanza del nuovo quadro normativo conseguente all'emanazione del d.lgs. n. 150 del 2011 (modificativo dell'art. 22 della l. n. 681 del 1981 ed abrogativo del successivo art. 22-*bis*); ha richiamato, altresì, l'art. 133, comma 1, lett. *ff*, c.p.a., che ha mantenuto ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie in materia urbanistica ed edilizia concernenti *«tutti gli aspetti del territorio»*.

Relativamente, infine, al principio di specialità, sancito dall'art. 9 della l. n. 689 del 1981, secondo **Sez. 2, n. 10744/2019, Falaschi, Rv. 653561-01**, esso in tanto opera, in quanto le norme sanzionanti un medesimo fatto si trovino fra loro in rapporto di specialità, che deve essere escluso ove sia diversa l'obiettività giuridica degli interessi rispettivamente protetti. Non sussiste, pertanto, un rapporto di specialità tra le previsioni penali a protezione del falso ideologico, di cui agli artt. 7 del d.P.R. n. 358 del 2000 e 479 c.p., e le norme a protezione delle autocertificazioni delle situazioni di fatto e di diritto rilevanti ai fini delle annotazioni al P.R.A.; infatti, la P.A. non è svincolata dal controllo sulla veridicità della stessa autocertificazione, essendo tenuta a verificare – anche di propria iniziativa *ex* art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000 – la correttezza delle dichiarazioni, pure mediante riscontro diretto dei dati, né è ravvisabile, tra le anzidette norme, una pregiudizialità tale da configurare l'accertamento dell'illecito amministrativo come antecedente logico necessario per l'esistenza del reato, così da determinare quella connessione obiettiva che, ai sensi dell'art. 24 della l. n. 689 del 1981, comporta lo spostamento delle competenze all'applicazione della sanzione dall'organo amministrativo al giudice penale.

4. Competenza ed incompetenza.

Si segnalano alcune pronunce della Corte regolatrice in tema di competenza.

Con riguardo alla competenza per territorio, **Sez. 6-1, n. 00580/2019, Valitutti, Rv. 652670-01**, ha ritenuto che l'illecito amministrativo già previsto dall'art. 58 del d.lgs. n. 29 del 1993 – il quale, ai commi 6 e 7, impone ai soggetti pubblici e privati che, comunque, si avvalgano di prestazioni di lavoro autonomo o subordinato rese da dipendenti pubblici di richiedere l'autorizzazione dell'ente di appartenenza e/o di comunicare ai medesimi enti i compensi erogati (ora art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 168 del 2001) – debba ritenersi commesso nel luogo in cui il soggetto che ha conferito l'incarico ha avuto conoscenza dell'accettazione da parte del destinatario, in virtù del carattere recettizio della manifestazione della volontà di ricevere un incarico professionale. In precedenza, Sez. 6-2, n. 04840/2018, Abete, Rv. 647985-01, ai fini dell'individuazione del giudice di pace territorialmente competente a pronunciarsi sull'opposizione ad ordinanza-ingiunzione per emissione di assegno bancario (o postale) senza autorizzazione (o senza provvista) di cui agli artt. 1 e 2 della l. n. 386 del 1990, aveva identificato il *«luogo in cui è stata commessa la violazione»* non in quello di

emissione, bensì in quello ove è pagabile l'assegno bancario o postale; ciò in continuità con un precedente di legittimità (Sez. 1, n. 16205/2006, Petitti, Rv. 592309-01) che aveva individuato nel prefetto di detto luogo (che, per l'assegno postale, coincide con la sede dell'ufficio postale di radicamento del conto corrente postale) l'autorità territorialmente competente ad emettere l'ordinanza-ingiunzione ai sensi dell'art. 4 della l. n. 386 del 1990.

In tema di competenza per materia, in fattispecie concernente sanzioni elevate per violazione degli artt. 3 e 16 del d.lgs. n. 109 del 1992 relative all'etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari, Sez. 6-2, n. 05242/2018, Orilia, Rv. 648217-01, ha riconosciuto la competenza del giudice di pace, avuto riguardo alla disciplina commerciale finalizzata ad assicurare la correttezza e la completezza delle indicazioni riportate dai produttori e, con esse, a tutelare l'affidamento dei consumatori, escludendo, quindi, la riconducibilità della materia all'igiene degli alimenti e bevande, riservata *ex art.* 6, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011 alla competenza del Tribunale.

Relativamente, poi, alla competenza per valore, un principio di portata generale resta quello espresso da Sez. 6-3, n. 20191/2018, Cirillo F.M., Rv. 650293-01, secondo cui – come già affermato in passato – ai fini dell'attribuzione al giudice di pace delle opposizioni alle sanzioni amministrative pecuniarie di valore fino ad euro 15.493,00 ai sensi dell'art. 6, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 150 del 2011, occorre avere riguardo al massimo edittale della sanzione prevista per ciascuna violazione, non rilevando che il provvedimento sanzionatorio abbia ad oggetto una pluralità di contestazioni e che, per effetto della sommatoria dei relativi importi, sia superato il suddetto limite di valore.

Sul fronte patologico del vizio di incompetenza, la sedimentata giurisprudenza di legittimità, da ultimo compendiata in Sez. 2, n. 28108/2018, Picaroni, Rv. 651188-01, ravvisa l'incompetenza assoluta dell'amministrazione – con conseguente inesistenza del provvedimento sanzionatorio – laddove l'atto emesso riguardi una materia del tutto estranea alla sfera degli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'amministrazione cui l'organo emittente appartiene. Si ha, invece, incompetenza relativa – deducibile esclusivamente col ricorso introduttivo, unitamente alle ragioni poste alla base dello stesso – nel rapporto tra organi od enti nelle attribuzioni dei quali rientra, sia pure a fini ed in casi diversi, una determinata materia.

5. Altri vizi procedurali.

Secondo Sez. 2, n. 18199/2019, Tedesco, Rv. 654470-01, ove l'accertamento della violazione sia realizzato attraverso analisi di campioni, la comunicazione dell'esito di tali analisi all'interessato *ex art.* 15 della l. n. 689 del 1981 equivale alla contestazione immediata di cui all'art. 14, comma 1, della stessa legge e, pertanto,

non è soggetta ad un termine predeterminato, ma deve essere eseguita entro un lasso di tempo compatibile con l'equiparazione all'accertamento immediato stabilita dall'art. 15, comma 5, legge cit.; ne consegue che, solo qualora tale comunicazione non sia possibile, occorre procedere alla notificazione degli estremi della violazione entro il termine, decorrente dal momento del completamento dell'analisi, stabilito dall'art. 14, comma 2, legge cit., in difetto della quale si verifica l'estinzione dell'obbligazione di pagamento della sanzione pecuniaria.

Sez. 6-2, n. 21146/2019, Carrato, Rv. 655278-01, in conformità a quanto già statuito da Sez. U, n. 01786/2010, Goldoni, Rv. 611244-01, ha escluso che la mancata audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta, ai sensi dell'art. 18, comma 2, della l. n. 689 del 1981, comporti la nullità dell'ordinanza-ingiunzione, poichè, riguardando il giudizio di opposizione il rapporto e non l'atto – v. *retro* § 1 “gli argomenti a proprio favore che l'istante avrebbe potuto sostenere in sede di audizione dinanzi all'autorità amministrativa ben possono essere prospettati in sede giurisdizionale. Peraltro, ad avviso di Sez. 2, n. 11300/2018, Scalisi, Rv. 648098-01, il mutamento di giurisprudenza *in subiecta materia*”, introdotto proprio da Sez. U, n. 01786/2010, Goldoni, cit., non integra un'ipotesi di cd. *prospective overruling*, poichè tale istituto non ha carattere processuale, inserendosi nell'ambito di un procedimento di formazione di un atto amministrativo, e, comunque, dalla sua violazione non consegue l'effetto preclusivo del diritto di azione e di difesa dell'interessato, il quale ha la possibilità di fare valere nel processo a cognizione piena le ragioni che avrebbe potuto rappresentare in fase di audizione.

Da ultimo, **Sez. 6-2, n. 17088/2019, Falaschi, Rv. 654616-01**, ha, infine, precisato che il procedimento preordinato all'irrogazione delle sanzioni amministrative sfugge all'ambito applicativo della l. n. 241 del 1990 perché, per la sua natura sanzionatoria, è compiutamente retto dai principi autonomamente sanciti dalla l. n. 689 del 1981 e dal d.P.R. n. 495 del 1992, che non prescrivono, quanto al contenuto del verbale di accertamento, la necessità di indicare l'autorità territorialmente competente a conoscere dell'impugnativa od il nominativo del responsabile del procedimento.

6. Elemento psicologico e cause di giustificazione.

Con riguardo all'elemento psicologico della violazione amministrativa, è necessaria ed al tempo stesso sufficiente la semplice colpa, identificata dalla giurisprudenza come mera *suitas* della condotta inosservante, cioè come coscienza e volontà della condotta attiva o omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa. Infatti, l'art. 3 della l. n. 689 del 1981 pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che l'abbia commesso: pertanto – come puntualizzano **Sez. 2, n. 24081/2019, Varrone, Rv. 6655391-01** e **Sez. 2, n.**

33441/2019, Lombardo, Rv. 656323-01 – grava sul trasgressore l'onere di provare di avere agito senza colpa, poiché il legislatore ha tipizzato le fattispecie ricollegando il giudizio di colpevolezza non a parametri psicologici, ma normativi, ovvero alla realizzazione di determinate condotte attive od omissive, in violazione di legge o di precetti di comune prudenza.

Al fine di escludere la responsabilità amministrativa dell'autore dell'infrazione, come ricorda, da ultimo, **Sez. 2, n. 06018/2019, Picaroni, Rv. 652932-**, non basta uno stato di ignoranza circa la sussistenza dei relativi presupposti, ma occorre che tale ignoranza sia incolpevole, cioè non superabile dall'interessato con l'uso dell'ordinaria diligenza (negli stessi termini, **Sez. 2, n. 00720/2018, Bellini, Rv. 647152-01**: fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto l'assenza di buona fede in capo ad una società titolare di un impianto per la radiodiffusione in relazione allo spostamento non autorizzato dell'impianto in questione ad opera di un incaricato alla manutenzione, ricorrendo una violazione colposa del dovere di vigilanza). È radicato l'indirizzo di legittimità, ripreso dalla menzionata **Sez. 2, n. 33441/2019, Lombardo, Rv. 656323-01**, e da **Sez. 2, n. 20219/2018, Bellini, Rv. 649910-01**, che dà rilievo all'esimente della buona fede come causa di esclusione della responsabilità amministrativa, al pari di quanto avviene per quella penale in materia di contravvenzioni *ex art. 5 c.p.*, solo quando risulti "inevitabile", occorrendo a tal fine che sussistano elementi positivi idonei, estranei all'autore dell'infrazione, che siano idonei ad ingenerare in lui il convincimento della liceità della sua condotta, purché risulti che abbia fatto tutto il possibile per conformarsi al precetto di legge, onde nessun rimprovero possa essergli mosso, neppure sotto il profilo della negligenza omissiva. L'inevitabilità dell'ignoranza del precetto violato, poi, deve essere apprezzata, dal giudice di merito, alla luce della conoscenza e dell'obbligo di conoscenza delle leggi che grava sull'agente in relazione anche alle sue qualità professionali e al suo dovere di informazione sulle norme e sulla relativa interpretazione.

L'errore scusabile determinato dall'interpretazione di norme giuridiche, secondo **Sez. 2, n. 12110/2018, Cosentino, Rv. 648504-01**, in tanto può assumere rilievo, in quanto non riguardi la sola interpretazione giuridica del precetto, ma verta sui presupposti della violazione e sia stato determinato da un elemento positivo, estraneo all'autore, idoneo ad ingenerare in quest'ultimo l'incolpevole opinione di liceità del proprio agire (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, in riferimento ad una sanzione amministrativa irrogata ai sindaci di una società per azioni per l'omessa segnalazione delle irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza, aveva escluso la scusabilità dell'errore addotto dai ricorrenti, in considerazione del livello di qualificazione professionale che la carica ricoperta doveva fare presumere). Significativo, al riguardo, è il principio sancito da **Sez. 5, n. 03431/2019, Mondini,**

Rv. 652523-01, che, in tema di sanzioni amministrative per violazione di obblighi tributari, ha escluso la sussistenza di obiettive condizioni di incertezza nell'interpretazione delle norme violate qualora la giurisprudenza di legittimità, alla quale soltanto spetta di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, ai sensi dell'art. 65 del r.d. n. 12 del 1941, sia consolidata, senza che assumano rilevanza eventuali contrasti nella giurisprudenza di merito.

Un caso di esclusione dell'elemento psicologico per difetto (anche) di colpa è rinvenibile in Sez. 2, n. 04866/2018, Carrato, Rv. 647643-01, in tema di esercizio abusivo dell'attività di autotrasporto, in fattispecie nella quale il proprietario della merce non aveva partecipato all'affidamento del trasporto al vettore abusivo e non erano emerse negligenze rispetto all'accertamento della regolarità del trasportatore, non essendo esigibile, a carico dello stesso, un obbligo di vigilanza avente ad oggetto anche la verifica del possesso, da parte dell'autotrasportatore medesimo, delle prescritte autorizzazioni.

Per ciò che concerne le cause di giustificazione – adempimento di un dovere, esercizio di una facoltà legittima, stato di necessità e legittima difesa – in mancanza di ulteriori precisazioni contenute nell'art. 4 della l. n. 689 del 1981, che si limita ad enumerarle, è regola costante nella giurisprudenza il riferimento ai corrispondenti istituti penalistici, esigendosi un rigoroso accertamento di fatto, rimesso al giudice di merito.

Coerentemente a tale impostazione, ai fini del riconoscimento dello stato di necessità, **Sez. 6-2, n. 16155/2019, Carrato, Rv. 654604-01**, richiede, in conformità ai requisiti strutturali degli artt. 54 e 59 c.p., la sussistenza di un'effettiva situazione di pericolo imminente di un grave danno alla persona, non altrimenti evitabile, ovvero l'erronea convinzione (che, comunque, ridonda in favore del trasgressore, purché provocata da circostanze oggettive) di trovarsi in una situazione del genere (fattispecie in cui la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva negato la sussistenza dello stato di necessità invocato sulla base del mero convincimento soggettivo, da parte del trasgressore, che la madre versasse in condizioni di pericolo: v. anche Sez. 6-2, n. 04834/2018, Manna F., Rv. 649209-01, che ha escluso l'invocabilità dell'esimente quando la situazione di pericolo riguardi un animale).

La scriminante dell'esercizio di una facoltà legittima è stata esclusa da Sez. 2, n. 03740/2018, Carrato, Rv. 647801-01, se il contravventore, pur abilitato con autorizzazione amministrativa all'esercizio di un'attività, abbia violato i limiti tabellari previsti dalla normativa primaria di riferimento.

7. Prescrizione.

La prescrizione del diritto a riscuotere le somme dovute a titolo di sanzione amministrativa decorre, in ossequio all'art. 2935 c.c., dal momento in cui il diritto può essere fatto valere.

Al riguardo, **Sez. 5, n. 05577/2019, D'Orazio, Rv. 652721-02**, in vicenda relativa a cartella di pagamento per sanzioni fondata su sentenza passata in giudicato, ha chiarito che il diritto alla riscossione delle sanzioni amministrative pecuniarie è assoggettato al termine di prescrizione decennale previsto dal succitato art. 2935 c.c. per l'*actio indicata* solo ove si fonda su un accertamento divenuto definitivo contenuto in una sentenza coperta da giudicato. Se, invece, la definitività della sanzione non deriva da un provvedimento giurisdizionale irrevocabile, opera il termine di prescrizione quinquennale ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 727 del 1997.

Con specifico riferimento alla pena pecuniaria stabilita in caso di inottemperanza all'obbligo di comunicazione alla Cassa nazionale di previdenza ed assistenza forense dell'ammontare del reddito professionale ex art. 17, comma 4, della l. n. 576 del 1980, **Sez. I, n. 17258/2018, Rivero, Rv. 649594-01**, nel considerare detta sanzione tuttora amministrativa (anche all'indomani della privatizzazione della Cassa per effetto del d.lgs. n. 509 del 1994), l'ha ritenuta assoggettata a prescrizione quinquennale, con inizio dal giorno di commissione della violazione, e non a quella decennale fissata dall'art. 19, comma 1, della l. n. 576 del 1980, riferibile esclusivamente ai contributi e ai relativi accessori.

Nella particolare ipotesi di fatti già sanzionati penalmente e successivamente depenalizzati, **Sez. 6-2, n. 19897/2018, Falaschi, Rv. 650067-01**, ha escluso che il *dies a quo* rilevante a fini prescrizionali possa identificarsi nella data dell'infrazione, dovendosi avere riguardo a quando pervengono alla competente autorità amministrativa gli atti inviati dall'autorità giudiziaria, poiché esclusivamente da tale momento l'amministrazione è in grado di esercitare il diritto di riscuotere la somma stabilita dalla legge a titolo di sanzione amministrativa.

Secondo **Sez. 2, n. 15025/2019, Picaroni, Rv. 654189-01**, nell'eventualità di illecito omissivo (proprio) permanente – configurabile solo con riferimento a quelle condotte che l'autore avrebbe potuto porre in essere utilmente anche dopo la prima omissione – in presenza di plurime e specifiche contestazioni, in ordine alla decorrenza della prescrizione di cui all'art. 28 della l. n. 689 del 1981, occorre verificare la configurabilità della permanenza in relazione alle singole condotte.

Riguardo agli atti interruttivi della prescrizione, **Sez. 3, n. 01550/2018, D'Arrigo, Rv. 647596-01**, ha chiarito che l'atto notificato ad uno dei coobbligati, in caso di solidarietà tra questi ai sensi dell'art. 6 della l. n. 689 del 1981, determina effetti interruttivi verso gli altri, in base all'art. 1310 c.c., stante il richiamo generale contenuto nell'art. 29 della medesima legge alla disciplina del codice civile anche

quanto all'interruzione della prescrizione. La Corte ha ritenuto irrilevante che il soggetto nei confronti del quale è stata interrotta la prescrizione sia il materiale esecutore della violazione (o colui al quale la legge estende la corresponsabilità nel pagamento della relativa sanzione), non potendosi distinguere, ai fini dell'art. 1310 c.c., fra coobbligati solidali. L'estensione degli effetti interruttivi non si verifica, invece, nella diversa ipotesi, regolata dall'art. 5 della l. n. 689 del 1981, del concorso di più persone nella commissione della violazione, difettando il vincolo della solidarietà fra i coobbligati, ciascuno dei quali è tenuto al pagamento della sanzione amministrativa per intero.

Infine, per **Sez. L, n. 27509/2019, Mancino, Rv. 655600-01**, il termine quinquennale di prescrizione della sanzione amministrativa pecuniaria, stabilito dall'art. 17, comma 4, primo periodo, della l. n. 576 del 1980, per l'inottemperanza all'obbligo di comunicazione alla Cassa nazionale di previdenza e assistenza forense dell'ammontare del reddito professionale percepito, decorre dal giorno in cui è stata commessa la violazione, ovvero dalla scadenza del termine di trenta giorni dalla data prescritta per la presentazione della dichiarazione annuale dei redditi.

8. Cumulo di reati e concorso di persone.

In una fattispecie concernente delle sanzioni amministrative per plurime violazioni in materia di orario di lavoro, commesse con più azioni od omissioni, **Sez. L, n. 12659/2019, Arienzo, Rv. 654065-01**, ha espresso il principio per il quale deve ritenersi operativo, in una simile situazione, il criterio del cd. cumulo materiale, atteso che la disciplina dell'art. 8 della l. n. 689 del 1981 contempla il criterio del cd. cumulo giuridico soltanto in materia di previdenza e assistenza e che la differenza morfologica e soggettiva tra illecito penale e illecito amministrativo non consente di applicare analogicamente l'art. 81 c.p.

In tema di sanzioni amministrative, **Sez. 2, n. 34031/2019, Bellini, Rv. 656220-01**, ha affermato che l'art. 5 della l. n. 689 del 1981, che concerne il concorso di persone, rende applicabile la pena pecuniaria non soltanto all'autore o ai coautori dell'infrazione, ma anche a coloro che, comunque, abbiano dato un contributo causale, sicché, relativamente al trasporto di rifiuti non pericolosi, integra gli estremi della condotta tipica dell'illecito amministrativo commesso in violazione dell'art. 193 del d.lgs. n. 152 del 2006 – e sanzionato dall'art. 258 del medesimo decreto – l'omissione, da parte del produttore e del trasportatore, dell'obbligo posto a loro carico di compilare e sottoscrivere il formulario di trasporto, assumendosene onere e responsabilità diretti.

9. La determinazione della sanzione in caso di pluralità di violazioni rimessa all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Delle ordinanze interlocutorie di assoluto rilievo sono **Sez. 2, n. 29555/2019, Oricchio**, e **Sez. 2, n. 29469/2019, Oricchio**, che hanno riguardato un contenzioso molto diffuso nel nostro paese.

Il provvedimento concerne la violazione e falsa applicazione dell'art. 19 della l. n. 727 del 1978 e dell'art. 14, comma 1, e 15, commi 2 e 7, Reg. CEE, n. 3281 del 1985.

Nella fattispecie era stata dedotta l'erroneità della decisione gravata, la quale – in tema di violazione della legislazione in materia di fogli di registrazione del cronotachigrafo installato su veicolo – aveva ritenuto che l'omessa esibizione di detti fogli poteva esser sanzionata solo nel limite di quanto richiesto dalla normativa ("fogli di registrazione della settimana in corso e di quelli utilizzati dal conducente stesso nei quindici giorni anteriori (ovvero) dopo il 1° gennaio 2008, della giornata in corso e dei 28 giorni precedenti") con una sola sanzione per una unica infrazione e non anche - come avvenuto nel caso in esame - con multiple sanzioni, relative ai singoli più brevi periodi rientranti nell'intero arco temporale considerato dalla normativa stessa.

In particolare, si era evidenziato che l'art. 15, comma 7, del Reg. CEE n. 3821 del 1985, come modificato dall'art. 23 del Reg. CE n. 561 del 2006, sanciva che *«Il conducente Deve essere in grado di presentare, su richiesta ai controlli : i) i fogli di registrazione della settimana in corso e di quelli utilizzati dal conducente stesso nei quindici giorni precedenti, ii) la carta del conducente se è titolare di siffatta carta, iii) ogni registrazione manuale e tabulato fatti nella settimana in corso e nei quindici giorni precedenti.....Tuttavia dopo il 10 gennaio 2008, i periodi di tempo di cui ai punti i) e iii) comprenderanno la giornata in corso ed i 28 giorni precedenti»*.

La S.C. ha osservato che, se l'art. 5 *de quo* fosse interpretato nel senso che al conducente è imposta un'unica condotta consistente nell'esibizione dei fogli relativi ad un certo numero di giornate di lavoro con obbligo di esibizione agli addetti ai controlli dei fogli di registrazione nella loro interezza, la violazione della norma sarebbe unica proprio perché tale sarebbe la condotta, con la conseguenza che sarebbe irrogata esclusivamente una sanzione, senza cumulo materiale ed indipendentemente dal numero dei singoli dischi che il conducente non fosse in grado di esibire. Se, viceversa, la norma fosse interpretata come riferibile ad una condotta frazionabile, allora sarebbe possibile elevare tanti verbali di contestazione per quanti sono i giorni (o, come nella concreta ipotesi in giudizio, i gruppi di giorni) in ordine ai quali non si è avuta l'ottemperanza all'onere di esibizione (si rileva che Sez. L, n. 17073/2007, De Renzis, Rv. 599628-01, pur se in ordine ad una normativa avente diversa funzione e *ratio*, aveva già affrontato la questione della condotta che doveva tenere l'imprenditore il quale – in base all'art. 14, comma 2, Reg. CEE n. 382 del 1985 – deve conservare per almeno un anno dalla data di utilizzazione i fogli di registrazione, affermando che, in tema di obblighi dell'impresa di trasporto su strada,

la pluralità di violazioni alla normativa che impone l'obbligo di conservazione sistematica dei fogli di registrazione, vale a dire i dischi cronotachigrafi, non configurava l'ipotesi di continuazione *ex art. 8 l. n. 689 del 1981*, ma quella di concorso materiale, atteso che le violazioni stesse davano luogo a condotte distinte e che le registrazioni erano riferite a diversi giorni lavorativi).

La S.C., inoltre, ha posto in luce il collegamento del caso considerato con il *dictum* della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea n. 210/10, sorta da controversia avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE proposta dall'autorità giudiziaria ungherese. Nel decidere quella controversia, relativa alla proporzionalità della sanzione proprio in materia di violazioni relative all'utilizzo del cronotachigrafo, era stato affermato «...a tal proposito, l'art. 19, paragrafo 1, di detto regolamento impone agli Stati membri di stabilire “sanzioni applicabili in caso di infrazioni che devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non discriminatorie”». Ogni Stato, quindi, in base a questa logica, avrebbe dovuto imporre sanzioni adeguate, parametrize all'intero lasso di tempo (ventotto giorni) e non alla singola violazione giornaliera eventualmente cumulabile, con l'ulteriore conseguenza che l'effettività dissuasiva della sanzione non potrebbe essere di certo perseguita con la prassi di elevare un numero multiplo di sanzioni eventualmente non proporzionate, per difetto, in rapporto alla complessiva condotta omissiva. Pertanto, la S.C., stante una situazione di oggettiva incertezza interpretativa, ha formulato domanda di interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia della Unione europea, in particolare in ordine al quesito: «se l'art. 15, co. 7 cit. possa essere interpretato, per la specifica ipotesi del conducente dell'automezzo, quale norma che prescriva una unica complessiva condotta con conseguente commissione di una unica infrazione ed irrogazione di una sola sanzione ovvero può dar luogo, con l'applicazione del cumulo materiale, a tante violazioni e sanzioni per quanti sono i giorni in relazione ai quali non sono stati esibiti i fogli di registrazione del cronotachigrafo nell'ambito del previsto lasso temporale (“giornata in corso ed i 28 giorni precedenti”)».

10. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: profili procedurali.

Una decisione di interessante rilievo sistematico ha esaminato varie questioni attinenti alla procedura da seguire per irrogare le sanzioni in esame.

In primo luogo, **Sez. 2, n. 00004/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 652574-01**, ha fornito delle importanti indicazioni quanto alla natura degli organismi coinvolti nella materia in questione, chiarendo che le autorità indipendenti, nello svolgimento delle funzioni di garanzia loro attribuite, perseguono la tutela di interessi collettivi dello Stato-comunità (quali la libertà del mercato, la tutela del risparmio, il corretto funzionamento della borsa e del sistema creditizio, ecc.) e, in taluni casi, di diritti soggettivi individuali (come la tutela della riservatezza) e, nei rispettivi ambiti,

esercitano funzioni sanzionatorie, ponendosi quali organi giustiziali, non equiparabili ad organi di giustizia in senso proprio che pronunciano statuizioni giudiziali. Il procedimento sanzionatorio di cui alla l. n. 262 del 2005 non partecipa, quindi, della natura giurisdizionale del processo tipicamente inteso, che è solo quello che si svolge davanti ad un giudice, e le sanzioni applicate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 195 TUF non hanno natura penale, con la conseguenza che non è violato l'art. 6, par. 1, della CEDU, ben potendo l'incolpato esercitare tutti i suoi diritti di difesa nella successiva eventuale fase di opposizione, ove si realizza un pieno sindacato giurisdizionale, fino al vaglio di legittimità.

Con riguardo agli aspetti procedurali, secondo **Sez. 2, n. 00004/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 652574-02**, la Commissione per l'esame delle irregolarità presso la Banca d'Italia è un organo consultivo che non persegue finalità istruttorie necessarie ed è preposto – in base alle disposizioni regolamentari della stessa Banca – allo studio e all'analisi delle questioni che, per complessità, novità e ripercussioni sistemiche, suggeriscano strategie generali e *de futuro*. Pertanto, la mancata acquisizione del relativo parere non è sindacabile in sede giudiziaria, ove sia motivatamente esclusa la sussistenza di una situazione che imponga il coinvolgimento di tale Commissione.

Inoltre, **Sez. 2, n. 00004/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 652574-03**, ha precisato che, in tema di osservanza del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 58 del 1998, rileva il momento dell'adozione del provvedimento sanzionatorio e non la successiva comunicazione che, seppure necessaria ad altri fini, non integra né perfeziona l'atto, già perfetto in ogni sua parte.

Sez. 2, n. 00004/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 652574-04, ha affermato, altresì, che al procedimento per l'irrogazione di sanzioni amministrative per la violazione delle norme del testo unico in materia bancaria e creditizia è applicabile l'art. 3 della l. n. 241 del 1990, sicché il decreto del Direttorio della Banca d'Italia che commina la sanzione può essere motivato *per relationem* mediante il rinvio all'atto che ne contiene la proposta, purché questo sia richiamato nel provvedimento con la precisa indicazione dei suoi estremi e sia reso disponibile agli interessati, secondo le modalità che disciplinano il diritto di accesso ai documenti della pubblica amministrazione. In particolare, il suddetto Direttorio, ove condivida tale proposta, non è tenuto a ribadire le argomentazioni.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 21171/2019, Giusti, Rv. 655194-01**, in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento, dal quale decorre il termine di decadenza per la contestazione degli illeciti da parte della CONSOB, va individuato in quello in cui la constatazione si è tradotta, o si sarebbe potuta tradurre, in accertamento, dovendosi a tal fine tenere conto, oltre che della complessità della

materia, delle particolarità del caso concreto anche con riferimento al contenuto e alle date delle operazioni.

In particolare, **Sez. 2, n. 27702/2019, Varrone, Rv. 655683-01**, ha affermato, in una vicenda concernente transazioni finanziarie in contanti poste in essere senza il tramite di intermediari abilitati, che, in tema di sanzioni amministrative, qualora non sia avvenuta la contestazione immediata della violazione, il momento dell'accertamento – in relazione al quale collocare il *dies a quo* del termine previsto dall'art. 14, comma 2, l. n. 689 del 1981, per la notifica degli estremi di tale violazione – non coincide con quello in cui viene acquisito il “fatto” nella sua materialità da parte dell'autorità alla quale è stato trasmesso il rapporto, ma va individuato nel giorno nel quale detta autorità abbia acquisito e valutato tutti i dati indispensabili ai fini della verifica dell'esistenza della violazione segnalata, ovvero in quello in cui il tempo decorso non risulti ulteriormente giustificato dalla necessità di tale acquisizione e valutazione; il compito di individuare, secondo le caratteristiche e la complessità della situazione concreta, l'epoca nella quale ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento e da cui deve farsi decorrere il termine per la contestazione spetta al giudice del merito, la cui valutazione non è sindacabile nel giudizio di legittimità, se congruamente motivata.

Pertanto, per **Sez. 6-2, n. 20159/2019, Oliva, Rv. 654990-01**, in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminosi e di finanziamento del terrorismo, in ipotesi di inosservanza degli obblighi informativi nei riguardi dell'unità di informazione finanziaria e degli ispettori del Ministero dell'economia e delle finanze, il termine biennale per la conclusione del procedimento sanzionatorio decorre dal momento in cui l'amministrazione procedente ha ricevuto la notificazione della contestazione della violazione, posto che il comma 2 dell'art. 69 del d.lgs. n. 231 del 2007, introdotto dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 90 del 2017, prevede espressamente che detta nuova disciplina si applichi “dalla data di entrata in vigore del presente articolo”, ancorché i provvedimenti sanzionatori siano stati oggetto di opposizione e il relativo giudizio non si sia ancora concluso.

Inoltre, **Sez. 2, n. 21017/2019, Giusti, Rv. 655192-01**, ha chiarito, sempre con riferimento al settore dell'intermediazione finanziaria, che la CONSOB, al fine dell'emanazione del provvedimento sanzionatorio, può utilizzare, ai sensi degli artt. 4, 5 e 10 del TUF, nella versione applicabile *ratione temporis*, gli esiti della verifica ispettiva svolta dalla Banca d'Italia che le sono stati comunicati, senza dovere necessariamente svolgere in via autonoma nuovi accertamenti, ben potendo ciascuno dei predetti soggetti vigilanti fare le veci dell'altro, stante la necessità di evitare duplicazioni nell'esercizio delle rispettive funzioni e di ridurre al minimo gli oneri su

di essi gravanti, in ottemperanza al principio di buon andamento della pubblica amministrazione implicante cooperazione e scambio di informazioni rilevanti.

Sez. 2, n. 23814/2019, Gorjan, Rv. 655356-02, ha precisato che, in tema di intermediazione finanziaria, il procedimento di irrogazione di sanzioni amministrative postula solo che, prima dell'adozione della sanzione, sia effettuata la contestazione dell'addebito e siano valutate le eventuali controdeduzioni dell'interessato; non è, pertanto, violato il principio del contraddittorio nel caso di omessa trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della CONSOB o di sua mancata audizione innanzi alla Commissione, non trovando applicazione, in tale fase, i principi del diritto di difesa e del giusto processo, riferibili esclusivamente al procedimento giurisdizionale.

Infine, secondo **Sez. 2, n. 08237/2019, Bellini, Rv. 653485-01**, in ordine alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, deve escludersi che la mancata comunicazione all'incolpato della proposta conclusiva formulata dalla Commissione per l'esame delle irregolarità al Direttorio della medesima Banca comporti la violazione del diritto di difesa e dei principi sanciti dall'art. 6 CEDU perché il procedimento amministrativo deve ritenersi *ab origine* conforme alle prescrizioni di quest'ultima disposizione, essendo il provvedimento sanzionatorio impugnabile davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, dotato di giurisdizione piena e presso il quale è garantito il pieno dispiegamento del contraddittorio tra le parti.

11. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: soggetti responsabili e contenuto della condotta loro imposta.

Con pronunce che hanno ribadito l'orientamento tradizionale di Sez. 2, n. 02737/2013, Giusti, Rv. 625145-01, **Sez. 2, n. 05606/2019, Picaroni, Rv. 652765-01**, e **Sez. 2, n. 24851/2019, Petitti, Rv. 655261-01**, hanno confermato che, in tema di sanzioni amministrative previste dall'art. 144 del d.lgs. n. 385 del 1993, il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi delle società bancarie, sancito dagli artt. 2381, commi 3 e 6, e 2392 c.c. non va rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del *business* bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte dall'intero consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da potere efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi non solo in vista della valutazione delle relazioni degli amministratori delegati, ma pure ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega. Ne consegue che il consigliere di amministrazione non esecutivo di società per azioni, in

conformità al disposto dell'art. 2392, comma 2, c.c., che concorre a connotare le funzioni gestorie tanto dei consiglieri non esecutivi, quanto di quelli esecutivi, è solidalmente responsabile della violazione commessa quando non intervenga al fine di impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Inoltre, **Sez. 2, n. 16780/2019, Oliva, Rv. 654551-01**, ha affermato che, in tutte le ipotesi in cui il revisore contabile o la società di revisione contabile, con riferimento alle società quotate in borsa, debbano valutare i risultati di specifiche operazioni di verifica e controllo affidate ad organi di controllo endosocietari o a terzi incaricati dalla società oggetto di revisione, la verifica deve estendersi al controllo delle modalità con cui le predette operazioni sono state condotte ed esplicitare il metodo valutativo utilizzato dal revisore, le operazioni in concreto compiute e le motivazioni del giudizio finale di adeguatezza o non adeguatezza. L'esercizio di tale controllo è finalizzato, infatti, ad assicurare la verifica della corretta appostazione dei dati contabili nel bilancio della società e, di conseguenza, della corretta gestione contabile della società stessa, al fine di assicurare la conoscibilità, in capo ai terzi, delle effettive modalità di gestione contabile, nonché a tutelare l'ordinato svolgimento della concorrenza e del mercato.

Nella stessa ottica, **Sez. 2, n. 16323/2019, Bertuzzi, Rv. 654337-01**, ha precisato che l'art. 190 TUF, nella versione applicabile *ratione temporis* anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 5 d.lgs. n. 72 del 2015, nel sanzionare le violazioni poste in essere dai "soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione e i dipendenti di società o enti abilitati", adottando un criterio della responsabilità effettiva dei soggetti che agiscono nell'ambito dell'organizzazione dell'intermediario, cioè della funzione effettivamente svolta, è applicabile in ogni caso in cui il soggetto che la svolge sia inserito all'interno della struttura aziendale, senza che possa assumere rilievo discriminante la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato in senso tecnico. Ne consegue che può essere responsabile della violazione *de qua* anche il componente del comitato finanza di una banca, benché non sia un dipendente della stessa, essendo egli inserito all'interno della struttura aziendale dell'istituto di credito.

Sez. 2, n. 00005/2019, Oliva, Rv. 652050-01, ha chiarito che, in tema di sanzioni amministrative per violazione delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, il dovere di controllo dei componenti del collegio sindacale e il correlativo obbligo di segnalazione alla CONSOB hanno ad oggetto pure le violazioni, da parte della società, delle norme di condotta previste da regolamenti interni le quali, benché maggiormente stringenti rispetto a quelle di portata generale poste dalla legge, dalle fonti regolamentari o dai codici di autodisciplina, devono tuttavia ritenersi cogenti per la società medesima, essendo esse adottate all'esito di una scelta del tutto libera che costituisce una volontaria autolimitazione dell'operatore del mercato.

12. Sanzioni in ambito bancario e finanziario: il giudizio di opposizione.

Secondo **Sez. 2, n. 07663/2019, Casadonte, Rv. 653290-01**, in tema di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, l'opposizione avverso il provvedimento che applica la sanzione resta regolata, pur dopo l'entrata in vigore della l. n. 69 del 2009 e del d.lgs. n. 150 del 2011, dall'art. 195, comma 4, d.lgs. n. 58 del 1998, il quale configura un procedimento speciale sottratto all'ambito di operatività della cd. riforma sulla riduzione e semplificazione dei riti; pertanto, non trova applicazione lo schema processuale fissato nell'art. 6 del cit. d.lgs. n. 150 del 2011, rapportato al rito del lavoro e contraddistinto dal previo deposito del ricorso nei trenta giorni dalla comunicazione della sanzione e dalla successiva notificazione del medesimo ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza, ma resta inalterata la diversa scansione procedurale che prevede, nell'ambito del ricorso alla Corte di appello, la preventiva obbligatorietà della notifica alla Banca d'Italia e solo successivamente il deposito dell'opposizione.

Ad avviso di **Sez. 1, n. 02462/2019, Acierno, Rv. 652414-01**, nel giudizio di opposizione alle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, il vizio dipendente dalla omessa celebrazione dell'udienza pubblica, prevista dall'art. 145, comma 6, del d.lgs. n. 385 del 1993 (TUB), come modificato dall'art. 1, comma 53, del d.lgs. n. 72 del 2015, anche in relazione ai giudizi pendenti, deve essere fatto valere dalla parte interessata entro i termini di cui all'art. 157, comma 2, c.p.c.

Inoltre, **Sez. U, n. 24609/2019, Scarano, Rv. 655499-01**, ha affermato che le controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. n. 385 del 1993, per le violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, la cui cognizione si estende agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale, i quali costituiscono la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata nel caso concreto ed incidono pertanto su posizioni di diritto soggettivo del destinatario.

Infine, **Sez. 2, n. 21171/2019, Giusti, Rv. 655194-02**, ha precisato, in materia di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, che la ricostruzione e la valutazione delle circostanze di fatto inerenti ai tempi occorrenti per la contestazione e alla congruità del tempo utilizzato in relazione alla difficoltà del caso sono rimesse al giudice del merito, il quale deve limitarsi a rilevare se vi sia stata un'ingiustificata e protratta inerzia durante o dopo la raccolta dei dati di indagine, tenendo altresì conto della sussistenza di esigenze di economia che inducano a raccogliere ulteriori elementi a dimostrazione di altre violazioni rispetto a quelle accertate, mentre la valutazione

della superfluità degli atti di indagine deve essere svolta con giudizio *ex ante*, restando irrilevante la loro inutilità *ex post*.

13. Sanzioni amministrative CONSOB e coerenza dell'informazione diffusa.

Secondo **Sez. 2, n. 08047/2019, Cosentino, Rv. 653484-01**, in materia di sanzioni irrogate dalla CONSOB, chiunque diffonda notizie su un prodotto finanziario offerto al pubblico prima della pubblicazione del relativo prospetto informativo, pur non essendone l'offerente, l'emittente od il responsabile del collocamento *ex art. 34-decies* del Regolamento emittenti della CONSOB, risponde dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 191, comma 2, TUF, nel caso di incoerenza delle notizie da lui diffuse rispetto a quelle contenute in detto (emanando) prospetto, ancorché egli si limiti ad operare nell'ambito di un'attività di collocamento svolta alle dipendenze non di chi ne sia il responsabile, bensì di un soggetto di cui quest'ultimo si avvalga per diffondere "indirettamente" tali notizie. Nella specie, la S.C. ha ritenuto legittima la sanzione inflitta, a causa dell'incoerenza delle informazioni fornite, al dipendente di un istituto di credito che, su incarico del soggetto responsabile, si era occupato solo del collocamento di un prodotto finanziario.

Più precisamente, ad avviso di **Sez. 2, n. 08047/2019, Cosentino, Rv. 653484-03**, in materia di offerta al pubblico di strumenti finanziari, la nozione di "coerenza" tra le informazioni diffuse e quelle riportate nel prospetto informativo successivamente pubblicato, di cui all'art. 34-*decies*, lett. a), del Regolamento emittenti della CONSOB, ha natura elastica (essendo ascrivibile alla tipologia delle clausole generali) e, nell'esprimere il relativo giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma, il giudice deve provvedere all'interpretazione della stessa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza comune sia di principi che la disposizione implicitamente richiama, dando concretezza a quella parte mobile della medesima che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un dato contesto storico-sociale, ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili *a priori*. Il suddetto giudizio è, pertanto, censurabile in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., quando esso si ponga in contrasto con i principi dell'ordinamento e con quegli *standard* valutativi esistenti nella realtà sociale che concorrono, con i menzionati principi, a comporre il diritto vivente. Pertanto, non si può ritenere "coerente" l'indicazione all'investitore, contenuta nelle notizie diffuse al pubblico, del 30 giugno 2030 quale data di scadenza attesa dell'investimento, mentre nel prospetto informativo erano stati riportati il 31 dicembre 2030 quale scadenza attesa ed il 30 giugno 2040 quale scadenza finale.

Sez. 2, n. 08047/2019, Cosentino, Rv. 653484-02, ha pure chiarito che l'art. 34-*decies* del Regolamento emittenti della CONSOB rappresenta l'esatta trasposizione, nell'ordinamento nazionale, della norma dettata dall'art. 15, comma 4, della direttiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003 (cd. direttiva "Prospetto") e, quindi, non si pone in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

14. Abuso di informazioni privilegiate e confisca.

In materia di abuso di informazioni privilegiate, **Sez. 1, n. 14664/2019, Lamorgese, Rv. 654949-01**, e **Sez. 2, n. 21176/2019, Varrone, Rv. 655196-02**, (nonché **Sez. 2, n. 21700/2019, Varrone, non massimata**) hanno specificato che la misura della confisca per equivalente non può trovare indefettibile applicazione per i fatti commessi (nella specie, da *insider* secondario) in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 62 del 2005 (che ha depenalizzato la condotta degli *insider* secondari), atteso che la Corte costituzionale, con sentenza n. 223 del 2018, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 6, della stessa legge, nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della l. n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio conseguente all'intervento di depenalizzazione risulti in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.

Inoltre, per **Sez. 2, n. 18201/2019, Scarpa, Rv. 654971-01**, in tema di abuso di informazioni privilegiate commesso da *insider* secondario, la confisca per equivalente, prevista dall'art. 187-*bis* TUF, come novellato dalla l. n. 62 del 2005, non può essere disposta in relazione a violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 62 citata, poiché la nuova normativa, pur avendo depenalizzato l'illecito in questione, ha comunque introdotto un trattamento sanzionatorio amministrativo in concreto più afflittivo rispetto a quello precedente, con la conseguenza che, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2018, deve essere applicata la *lex mitior*.

15. Le sanzioni in ambito bancario e finanziario e le questioni di legittimità costituzionale prospettate.

Secondo **Sez. 2, n. 08046/2019, Cosentino, Rv. 653405-02**, le garanzie del contraddittorio previste per il procedimento sanzionatorio davanti alla CONSOB prima delle modifiche introdotte dalla delibera n. 29.158 del 29 maggio 2015 della medesima CONSOB sono da ricondurre al livello proprio del contraddittorio

procedimentale, di solito di tipo verticale, svolgendosi esso tra l'amministrazione e l'interessato su un piano non di eguaglianza, ma in funzione collaborativa, partecipativa e non difensiva, e non già di quello di matrice processuale, di tipo orizzontale, che riguarda due parti in posizione paritaria rispetto ad un decidente terzo e imparziale. Ne consegue che non sussiste alcun contrasto con l'art. 24 Cost. e con i principi espressi dagli artt. 195 TUF e 24 della l. n. 262 del 2005. In particolare, la S.C., dissentendo dall'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1596 del 2015, ha ritenuto che le menzionate garanzie fossero soddisfatte dalla previa contestazione dell'addebito e dalla valutazione, prima dell'adozione della sanzione, delle eventuali controdeduzioni dell'interessato, non essendo necessarie né la trasmissione a quest'ultimo delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative della CONSOB né la sua personale audizione.

Pertanto, ad avviso di **Sez. 2, n. 08046/2019, Cosentino, Rv. 653405-01**, in tema di sanzioni amministrative emesse dalla CONSOB, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., dell'art. 6, comma 8, d.lgs. n. 72 del 2015, nella parte in cui, per i giudizi *ex art.* 195 TUF già pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. cit., dispone la pubblicità dell'udienza senza, tuttavia, estendere ad essi la disciplina procedimentale del comma 7 del medesimo art. 195, come novellato dallo stesso d.lgs. n. 72 del 2015, poiché le forme del rito camerale disciplinato dagli artt. 737 ss. c.p.c. consentono, nei procedimenti di natura contenziosa, il pieno dispiegamento del contraddittorio e dell'iniziativa istruttoria delle parti anche quando difetti la celebrazione di una udienza.

Inoltre, **Sez. 2, n. 21176/2019, Varrone, Rv. 655196-01**, ha affermato che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, per ritenuta violazione degli artt. 97 e 117 Cost., in relazione alla direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nella parte in cui prevede un trattamento sanzionatorio unitario per differenti condotte di abuso di informazioni privilegiate, rimettendo all'autorità amministrativa la determinazione della sanzione. Ed invero, per un verso, l'illecito di *insider trading* ha un suo nucleo essenziale, costituito dalla utilizzazione di una informazione privilegiata, rispetto al quale le modalità di acquisizione dell'informazione contribuiscono a delineare il fatto in termini di maggiore o minore gravità, apprezzabile in sede di valutazione della condotta illecita concretamente posta in essere, e ciò può giustificare l'adozione di una tecnica legislativa che rimette all'autorità amministrativa la scelta della sanzione pecuniaria più adeguata alle specificità del caso; per altro verso, l'ampiezza della forbice esistente tra il minimo e il massimo della sanzione pecuniaria prevista dalla norma consente all'autorità amministrativa, la cui scelta è comunque soggetta al

controllo giurisdizionale in sede di giudizio di opposizione, di graduare la sanzione in relazione alla gravità dell'illecito.

Infine, per **Sez. 2, n. 23814/2019, Gorjan, Rv. 655356-01**, in materia di intermediazione finanziaria, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, per violazione degli artt. 3 e 117 Cost., nella parte in cui non prevede l'applicazione del principio di retroattività della legge più favorevole con riferimento alle sanzioni amministrative irrogate (nella specie, ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. n. 58 del 1998) antecedentemente all'entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 72 del 2015. Alla luce della giurisprudenza della CEDU, infatti, il principio del *favor rei*, di matrice penalistica, non ha ad oggetto il complessivo sistema delle sanzioni amministrative, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche punitive alla luce dell'ordinamento convenzionale; per altro verso, non può ritenersi che una sanzione, qualificata come amministrativa dal diritto interno, abbia sempre ed a tutti gli effetti natura sostanzialmente penale.

16. Ulteriori pronunce riguardanti le sanzioni in ambito bancario e finanziario.

In primo luogo, **Sez. 2, n. 00005/2019, Oliva, Rv. 652050-02**, ha chiarito che le sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 58 del 1998 (cd. TUF) non hanno natura sostanzialmente penale sicché, con riferimento alle stesse, non si pone un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 della CEDU né di applicabilità del successivo art. 7 della medesima Convenzione.

Secondo **Sez. 2, n. 21017/2019, Giusti, Rv. 655192-02**, in tema di vigilanza sull'attività di intermediazione finanziaria, il principio del *ne bis in idem* non opera qualora vengano in rilievo più condotte illecite ricomprese in diverse norme sanzionatorie applicate dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB secondo le rispettive competenze.

Infine, sempre in relazione al *ne bis in idem*, per **Sez. 2, n. 33426/2019, Carrato, Rv. 656318-01**, qualora un procedimento amministrativo sanzionatorio, concernente il medesimo fatto (nella specie, condotta illecita di manipolazione del mercato) oggetto di un procedimento penale definito con sentenza di condanna passata in giudicato, si sia concluso, a sua volta, con l'irrogazione di una sanzione formalmente amministrativa, il giudice deve valutare la compatibilità fra il cumulo delle due sanzioni, amministrativa e penale, ed il divieto di *ne bis in idem* stabilito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, tenendo conto dell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia

dell'Unione europea, che valorizza la presenza di norme di coordinamento a garanzia della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo. Ne consegue che, nell'eventualità in cui non si dovessero ritenere sussistenti le condizioni per una valutazione di adeguatezza e proporzionalità della già irrogata sanzione conseguente alla sopravvenuta condanna definitiva in sede penale, è demandato al giudice di merito riconsiderare tutti gli aspetti della complessiva vicenda per un intervento "proporzionalmente" riduttivo della misura delle sanzioni pecuniarie e personali applicate con la delibera CONSOB.

Questa pronuncia si ricollega al precedente di Sez. 2, n. 31634/2018, Carrato, Rv. 651763-01, in base al quale, in caso di contemporanea pendenza di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione, formalmente amministrativa, ma di natura sostanzialmente penale (ovvero dell'opposizione avverso tale sanzione) e di un procedimento penale sui medesimi fatti, l'art. 187-*duodecies* del d.lgs. n. 58 del 1998 vieta la sospensione del primo (e dell'opposizione), ma la decisione definitiva e sfavorevole all'incolpato di uno dei procedimenti impone la rimodulazione della sanzione inflitta all'esito di quello ancora in corso se, cumulata a quella già applicata, essa ecceda i criteri di efficacia, proporzionalità e dissuasività indicati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea come condizioni per la limitazione, da parte delle normative nazionali, del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Entrambe queste due ultime decisioni presentano un chiaro collegamento con Sez. 2, n. 31632/2018, Cosentino, Rv. 651762-03, ad avviso della quale, qualora un procedimento amministrativo sanzionatorio, concernente i medesimi fatti oggetto di un procedimento penale definito con sentenza passata in giudicato di condanna, si sia concluso, a sua volta, con l'irrogazione di una sanzione, il giudice deve valutare la compatibilità fra il cumulo delle due sanzioni, amministrativa e penale, ed il divieto di *ne bis in idem* stabilito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, tenendo conto dell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che valorizza principalmente la presenza di norme di coordinamento a garanzia della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivo, e dalla Corte EDU, per la quale rileva, soprattutto, la vicinanza cronologica dei diversi procedimenti e la loro complementarità nel soddisfacimento di finalità sociali differenti. Ove, invece, il procedimento penale sia terminato con una pronuncia definitiva di assoluzione "perché il fatto non sussiste", il divieto del *ne bis in idem* è pienamente efficace e, pertanto, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non incontra alcuna limitazione ai sensi dell'art. 52 della stessa Carta. Ne derivano l'impossibilità di continuare nell'accertamento dell'illecito amministrativo e la necessità di interrompere il relativo procedimento e l'eventuale successivo giudizio

di opposizione, con conseguente non applicazione della disposizione sanzionatoria di diritto interno, circostanza che esclude ogni problema di disapplicazione di disposizioni nazionali in ragione del primato del diritto dell'Unione europea e la rilevanza di questioni di legittimità costituzionale in relazione all'art. 117 Cost. (Nella specie, il ricorrente era una persona fisica che era stata assoggettata alla sanzione amministrativa stabilita dall'art. 187-*bis* TUF, ma era stata assolta, per gli stessi fatti, in via definitiva e con formula piena dal reato previsto dall'art. 184 TUF all'esito di un giudizio nel quale la CONSOB era parte civile).

17. Le sanzioni amministrative previste dal codice della strada.

Molteplici sono state le pronunce intervenute nel corso dell'anno aventi ad oggetto le sanzioni amministrative previste per la violazione di disposizioni del codice della strada. Fra le principali vanno annoverate quelle concernenti profili processuali e, in specie, la tematica della competenza e dell'opposizione contro le sanzioni in questione.

17.1. L'irrogazione delle sanzioni e la notificazione del verbale di accertamento.

Con riguardo al termine per l'irrogazione delle sanzioni conseguenti alle violazioni al codice della strada, occorre richiamare **Sez. 2, n. 29236/2019, Scarpa, Rv. 656186-02**, la quale ha affermato che detto termine, ai sensi dell'art. 204, comma 1-*ter*, del citato codice, si interrompe con la notifica dell'invito al ricorrente che abbia fatto richiesta di audizione e resta sospeso fino alla data fissata per l'espletamento dell'audizione stessa, a differenza di quanto avviene in tema di infrazioni valutarie, ove il termine di centottanta giorni per l'irrogazione delle sanzioni è prorogato *ex lege* ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 195 del 2008, in caso di richiesta dell'interessato di audizione o di valutazioni tecniche. Tale differenza di disciplina, secondo la S.C., non lede i principi costituzionali dettati in tema di diritto di difesa, in ragione della oggettiva diversità delle situazioni sostanziali collegate alle esigenze istruttorie delle due sanzioni e rientrando, comunque, nella discrezionalità del legislatore la determinazione della durata dei termini per l'istruttoria e l'irrogazione delle sanzioni amministrative. La S.C. ha, inoltre, escluso il ricorso all'analogia, essendo consentito dall'art. 12 delle preleggi solo quando manchi nell'ordinamento una specifica norma regolante la concreta fattispecie e si renda, quindi, necessario porre rimedio a un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria.

Di rilievo è, altresì, **Sez. 2, n. 24382/2019, Gorjan**, che, con ordinanza interlocutoria, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione, oggetto di contrasto, concernente l'ammissibilità

della notifica all'estero, a mezzo posta e non tramite l'autorità centrale dello Stato del destinatario, come consentito dall'art. 16 del Reg. UE n. 1393 del 2007, del verbale di accertamento di infrazione al codice della strada, quale atto organicamente inserito nella procedura per l'irrogazione di una sanzione amministrativa.

17.2. L'opposizione, la competenza, i suoi effetti, il termine di proposizione, i soggetti legittimati e la patente a punti.

In ordine all'individuazione del giudice competente in tema di sanzioni amministrative per violazioni al codice della strada, si segnala **Sez. 6-3, n. 07460/2019, D'Arrigo, Rv. 653443-01**, la quale, ponendosi in continuità con due pronunce delle Sezioni Unite dell'anno precedente (Sez. U, n. 010261/2018, Armano, Rv. 648267-01, e Sez. U, n. 01177/2018, Armano, non massimata), ha ribadito che la competenza del giudice di pace è per materia nelle controversie aventi ad oggetto opposizione a verbale di accertamento, *ex* art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011, nonché prioritariamente per materia, con limite di valore nelle ipotesi di cui alle lett. *a)* e *b)* dell'art. 6, comma 5, del citato decreto, per quelle aventi ad oggetto opposizione ad ordinanza-ingiunzione. Ha precisato, altresì, che gli stessi criteri di competenza vanno applicati con riferimento all'impugnativa del preavviso di iscrizione ipotecaria, in quanto azione di accertamento negativo. Pertanto, poiché la competenza del giudice di pace in tema di opposizione a preavviso di iscrizione ipotecaria ha natura di competenza per materia – non per valore – la stessa non risente dell'eventuale cumulo delle domande. Ne consegue che l'opposizione proposta, con unico atto, avverso un preavviso di iscrizione ipotecaria emesso per una pluralità di violazioni del codice della strada, non è attratta, in ragione dell'ammontare complessivo delle sanzioni, nella sfera della competenza per valore del Tribunale e che, nel caso in cui le contravvenzioni siano state rilevate in luoghi differenti, la domanda di accertamento negativo deve essere separata in altrettante cause, la competenza a conoscere delle quali spetta agli uffici del giudice di pace del luogo di accertamento di ciascuna sanzione.

In merito all'individuazione del giudice competente per territorio in ordine all'opposizione al verbale di contestazione di infrazione al codice della strada, **Sez. 6-2, n. 20988/2019, Dongiacomo, Rv. 655277-01**, ha ritenuto che, quando l'illecito sia di tipo omissivo, detta opposizione vada proposta innanzi al giudice territorialmente competente per il luogo in cui si sarebbe dovuta tenere la condotta che è stata, invece, omessa. Pertanto, al fine di concentrare in un unico giudice la competenza a conoscere di tutte le opposizioni alle sanzioni riferite al medesimo fatto, ove sia irrogata al proprietario dell'autoveicolo la sanzione amministrativa per la violazione dell'obbligo di fornire i dati del conducente all'organo che abbia accertato la violazione dei limiti di velocità, ai sensi dell'art. 126-*bis*, comma 2, del

codice della strada, la competenza a trattare la relativa opposizione appartiene al giudice di pace del luogo della sede dell'organo accertatore al quale quei dati avrebbero dovuto essere inviati, rimanendo attribuita la titolarità del potere di accertamento agli uffici della Polizia stradale locale, anche se dal verbale di contestazione risulta che la comunicazione dei dati avrebbe dovuto essere indirizzata al Centro Nazionale Accertamento Infrazioni, che si trova in Roma.

Diverse pronunce hanno avuto ad oggetto il tema dell'opposizione alla cartella di pagamento. Riguardo al contenuto dell'opposizione, **Sez. 6-2, n. 11789/2019, Carrato, Rv. 653724-01**, ha affermato che il destinatario di una cartella emessa in base ad un verbale di accertamento per violazioni al codice della strada che si assume regolarmente notificato, ove presenti opposizione, invocando l'annullamento della cartella quale conseguenza dell'omissione, invalidità assoluta ovvero inesistenza della notificazione del verbale presupposto, non può che limitarsi a denunciare il vizio invalidante detta notifica, non potendo fare valere in tale sede pure vizi che attengono al merito della pretesa sanzionatoria, la cui allegazione è, al contrario, necessaria qualora sia proposta un'opposizione, riconducibile all'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, a cartella di pagamento fondata su un'ordinanza ingiunzione che si assuma illegittimamente notificata. Infatti, l'emissione di questa ordinanza implica che il verbale di accertamento presupposto sia stato legittimamente contestato o notificato al trasgressore il quale, perciò, ha avuto cognizione anche degli aspetti attinenti al merito dell'esercitata pretesa sanzionatoria.

Con la detta pronuncia, la S.C., in linea con l'orientamento già espresso da Sez. 1, n. 00059/2003, Berruti, Rv. 559456-01, ha distinto tra opposizione a cartella di pagamento fondata sul verbale di accertamento e opposizione a cartella di pagamento basata su ordinanza ingiunzione, in entrambi i casi per deduzioni afferenti al difetto di notifica. Nel primo caso, è stato ritenuto che, ove l'opposizione a cartella di pagamento *ex* art. 7 del d.lgs. n. 150 del 2011 (in precedenza art. 22 della l. n. 689 del 1981) sia stata proposta per fare valere il vizio dell'omissione o invalidità o inesistenza della notificazione del verbale di accertamento, non vi è spazio per difese sul merito della pretesa sanzionatoria, e che la mancata dimostrazione, da parte dell'amministrazione, della tempestiva e valida notifica dell'atto di accertamento, avendo natura di fatto costitutivo della pretesa sanzionatoria, ne comporti la definitiva estinzione. Tale conclusione vale, a maggior ragione, allorquando, come nella fattispecie esaminata dalla decisione in commento, l'invalidità del procedimento notificatorio sia stata accertata all'esito del positivo esperimento del giudizio di querela di falso, nell'ambito del quale è stata definitivamente verificata la falsità dell'attestazione, ad opera dell'agente notificatore, circa l'avvenuto compimento delle attività di cui all'art. 139 c.p.c.

Diversamente, se l'opposizione avverso cartella di pagamento è fondata su un'ordinanza ingiunzione irregolarmente notificata è necessario che, assieme all'allegato difetto della notifica del provvedimento impugnato, siano parimenti dedotti vizi relativi al merito della pretesa sanzionatoria, presupponendosi la pregressa conoscenza, da parte del trasgressore, del verbale di accertamento e delle relative questioni di merito.

La pronuncia *de qua* si pone in consapevole contrasto con l'indirizzo espresso da Sez. 2, n. 26843/2018, Sabato, Rv. 650849-02, secondo la quale, invece, «è inammissibile l'opposizione a cartella di pagamento, ove finalizzata a recuperare il momento di garanzia di cui l'interessato sostiene di non essersi potuto avvalere nella fase di formazione del titolo per mancata notifica dell'atto presupposto, qualora l'opponente non deduca, oltre alla mancata notifica, anche vizi propri dell'atto presupposto».

Sez. 2, n. 22094/2019, Oliva, Rv. 655216-02, ha esaminato l'ipotesi nella quale il ricorrente, con l'opposizione cd. recuperatoria al verbale di contestazione dell'infrazione al codice della strada, proponga anche censure relative alla cartella esattoriale o comunque concernenti fatti verificatisi successivamente al predetto verbale. La S.C., richiamando la precedente pronuncia Sez. U, n. 22080/2017, Barreca, Rv. 645323-01, ha affermato che tali censure, pur potendo essere in concreto formulate con un unico atto di opposizione, soggiacciono, tuttavia, ai termini previsti dagli artt. 615 e 617 c.p.c. Di conseguenza, i vizi afferenti al procedimento di notificazione della cartella di pagamento, in quanto riferiti alla sequenza procedimentale finalizzata alla esecuzione coattiva della pretesa sanzionatoria, possono essere esaminati soltanto a condizione che il ricorso sia stato proposto nel termine fissato dall'art. 617 c.p.c. di 20 giorni dalla notificazione della cartella medesima. Invece, l'eccezione di prescrizione della pretesa sanzionatoria può essere fatta valere senza termine, in quanto trattasi di censura inquadrabile nell'ambito dell'art. 615 c.p.c.

Ancora in tema di opposizione a cartella esattoriale relativa a sanzioni amministrative per violazioni al codice della strada si è pronunciata **Sez. 2, n. 05403/2019, Tedesco, Rv. 652761-01**, la quale ha affrontato la questione della individuazione del soggetto su cui grava l'onere di provare l'avvenuta notifica del verbale di accertamento dell'infrazione qualora il destinatario della cartella ne deduca l'omissione, accertando che detto onere incombe sull'ente dal quale dipende l'organo accertatore. Ciò in quanto l'avvenuta notificazione del verbale, unitamente alla mancata opposizione nel termine di sessanta giorni dalla stessa, costituisce requisito indefettibile perché il medesimo verbale acquisisca efficacia di titolo esecutivo, esigibile mediante cartella esattoriale (in senso conforme si era già espressa Sez. 2, n. 08267/2010, Petitti, Rv. 612310-01).

Con riferimento al termine di presentazione dell'opposizione, **Sez. 2, n. 02968/2019, Bellini, Rv. 652576-01**, ha chiarito che, ove si deduca l'illegittimità della cartella esattoriale per sanzione amministrativa in ragione dell'omessa notifica del verbale di contestazione della violazione al codice della strada – cd. opposizione recuperatoria, la quale, come sottolineato già da Sez. 3, n. 12412/2016, Barreca, Rv. 640411-01, ha la funzione di restituire al ricorrente la medesima posizione giuridica che avrebbe avuto se il verbale gli fosse stato notificato – detto termine deve essere individuato *ratione temporis*. Pertanto, se l'opposizione è proposta dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2011, opera il termine di trenta giorni previsto dall'art. 7 del citato decreto mentre, se è anteriore, la stessa opposizione è soggetta al termine di sessanta giorni di cui all'art. 204-*bis* del codice della strada.

Per quanto attiene all'individuazione del soggetto legittimato ad impugnare il verbale di accertamento dell'infrazione al codice della strada, **Sez. 6-2, n. 01184/2019, Scalisi, Rv. 652344-01**, conformandosi alla precedente pronuncia di Sez. 6-2, n. 30299/2011, Proto, Rv. 620747-01, ha affermato che, dopo l'introduzione della cd. patente a punti, il soggetto che, con autocertificazione, abbia dichiarato all'amministrazione procedente di avere preso visione del verbale – che viene notificato al solo proprietario del veicolo in ipotesi di contestazione non immediata – e di essere l'effettivo responsabile della condotta contestata, ha interesse a impugnare il verbale stesso con riferimento alla decurtazione dei punti dalla patente, tenuto conto che tale sanzione viene applicata senza ulteriori notifiche (salva la sola comunicazione dell'avvenuta applicazione della stessa) e che, con riguardo alla anzidetta decurtazione, sussiste la responsabilità esclusiva del conducente, in quanto identificato. In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto sussistente l'interesse a contestare il verbale di infrazione (non già in capo al proprietario del veicolo, bensì) in capo al conducente che, con dichiarazione resa davanti ai Carabinieri, aveva riconosciuto di trovarsi alla guida dell'auto al momento della presunta violazione e aveva comunicato gli estremi della propria patente ai fini del provvedimento sanzionatorio della decurtazione dei punti.

Deve, altresì, essere segnalata **Sez. 2, n. 13676/2019, Giannaccari, Rv. 654040-01**, che si è occupata delle violazioni del codice della strada per le quali non sia possibile il pagamento in misura ridotta della sanzione pecuniaria *ex* art. 202 del codice della strada. In linea con l'indirizzo espresso da Sez. 6-2, n. 11288/2014, D'Ascola, Rv. 630814-01, la decisione ha confermato che la mancata impugnazione del verbale non determina la formazione del titolo esecutivo, essendo impugnabile, in questa tipologia di sanzione, esclusivamente l'ordinanza ingiunzione, secondo la disciplina generale desumibile dagli artt. 18 e 22 della l. n. 689 del 1981. Ne consegue che l'emissione dell'ordinanza ingiunzione non è assoggettata ad alcun termine di

decadenza, trovando come unico limite temporale il termine di prescrizione del diritto alla riscossione della sanzione.

17.3. Le modalità di accertamento delle violazioni e i soggetti legittimati ad effettuarlo: “autovelox”, “alcooltest” e poteri della Polizia municipale.

Nel corso dell’anno diverse pronunce hanno esaminato questioni connesse alle modalità di accertamento delle violazioni mediante apparecchiature automatiche di rilevamento delle infrazioni relative al superamento dei limiti di velocità senza obbligo di fermo immediato del conducente (cd. *autovelox*).

Ai fini del posizionamento di tali apparecchi su strade urbane, extraurbane secondarie e su strade urbane di scorrimento, è necessario, *ex art.* 4 del d.l. n. 121 del 2002, conv. in l. n. 168 del 2002, un provvedimento prefettizio che individui le strade lungo le quali gli stessi possono essere installati. In proposito, **Sez. 2, n. 16622/2019, Carrato, Rv. 654339-01**, ha affermato che tale provvedimento può includere soltanto le strade del tipo imposto dalla legge mediante rinvio alla classificazione di cui all’art. 2, commi 2 e 3, del codice della strada e non altre. Inoltre, ha chiarito che l’esistenza delle caratteristiche minime per la configurazione di una strada urbana come “a scorrimento veloce” deve interessare tutta la strada considerata nella sua interezza e non esclusivamente il singolo tratto in prossimità del posizionamento dell’apparecchio fisso di rilevazione elettronica della velocità. La pronuncia *de qua* ha statuito che tra gli elementi necessari per la qualificazione di una strada urbana come “di scorrimento” rientra la banchina in senso proprio, ovvero uno spazio all’interno della sede stradale, esterno rispetto alla carreggiata, destinato al passaggio dei pedoni o alla sosta di emergenza che, oltre a dovere restare libero da ingombri, deve avere una larghezza tale da consentire l’assolvimento effettivo delle predette funzioni.

Sez. 2, n. 08934/2019, Oliva, Rv. 653306-01, ha, inoltre, precisato che la banchina è la parte della strada, per la quale non è prevista una misura minima, che si trova oltre la linea continua destra delimitante la carreggiata ed è “compresa tra il margine della carreggiata ed il più vicino dei seguenti elementi longitudinali: marciapiede, spartitraffico, arginello, ciglio interno della cunetta, ciglio superiore della scarpata nei rilevati”. Essa serve normalmente al transito dei pedoni come zona di sicurezza, con la conseguenza che il suo occasionale utilizzo per eventuali soste di emergenza dei veicoli non ne muta la destinazione, posto che ciò è consentito al solo scopo di non recare intralcio al traffico veicolare.

Al riguardo, **Sez. 2, n. 08934/2019, Oliva, Rv. 653306-02**, ha, altresì, chiarito che, ai fini della legittimità dell’installazione di apparati di rilevamento automatico delle infrazioni al codice della strada sulle strade urbane di scorrimento, o tratti di esse, individuati dall’apposito provvedimento prefettizio, non rilevano eventuali intersezioni non semaforizzate interessanti il solo controviale, a condizione che

l'apparato automatico interessi soltanto la sede centrale del viale di scorrimento. Ha in proposito precisato che per intersezione deve intendersi qualsiasi incrocio, confluenza o attraversamento tra due o più strade contraddistinto dall'esistenza di un'area comune alle medesime, indipendentemente dalla provenienza e dalla direzione delle varie direttrici di traffico insistenti sulle predette strade.

In ordine all'obbligo di segnalazione della presenza della postazione fissa di rilevamento, **Sez. 2, n. 02041/2019, Oliva, Rv. 652252-01**, ha affermato che la legittimità delle sanzioni amministrative irrogate per eccesso di velocità accertato mediante "*autovelox*" è subordinata alla preventiva segnalazione del medesimo. Di conseguenza si è ritenuto che, nel caso in cui la postazione anzidetta si trovi su una strada alla quale si acceda da altra strada ad essa intersecantesi, la preventiva segnalazione, perché possa utilmente spiegare i suoi effetti di avvertimento, deve essere posta a congrua distanza tra tale intersezione e la successiva postazione fissa di rilevazione della velocità, gravando sull'amministrazione l'onere di provare siffatta circostanza, ove non altrimenti risultante dal verbale di accertamento dell'infrazione (in senso conforme si era precedentemente espressa Sez. 6-2, n. 00680/2011, Piccialli, Rv. 616368-01).

Tuttavia, **Sez. 2, n. 01661/2019, Dongiacomo, Rv. 652248-01**, ha precisato che la circostanza che nel verbale di contestazione di una violazione dei limiti di velocità, accertata con "*autovelox*", non sia indicato se la presenza dell'apparecchio sia stata preventivamente segnalata mediante apposito cartello non rende nullo il verbale stesso, sempre che di detta segnaletica sia stata accertata o ammessa l'esistenza (in senso conforme, Sez. 6-2, n. 00680/2011, Piccialli, Rv. 616367-01).

Ancora in tema di accertamento delle violazioni al codice della strada, ma con riguardo al tasso alcolemico del conducente, **Sez. 6-2, n. 01921/2019, Carrato, Rv. 652384-02**, ha statuito che il verbale dell'accertamento effettuato mediante etilometro deve contenere, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, l'attestazione della verifica che l'apparecchio da adoperare per l'esecuzione del cd. *alcoolttest* è stato preventivamente sottoposto alla prescritta ed aggiornata omologazione ed alla indispensabile corretta calibratura.

Sez. 6-2, n. 02748/2019, Cosentino, Rv. 652646-01, si è occupata dei limiti al potere di accertamento delle violazioni al codice della strada spettante agli appartenenti alla polizia municipale. Poiché costoro, ai sensi degli artt. 57 c.p.p. e 5 l. n. 65 del 1986, hanno la qualifica di agenti di polizia giudiziaria soltanto nel territorio ove operano e limitatamente al tempo in cui sono in servizio, essi possono accertare ogni violazione in materia di sanzioni amministrative, e, fra queste, anche quelle relative alla circolazione stradale, purché si trovino nell'ambito dell'ente di appartenenza ed alla condizione che siano effettivamente in servizio, a differenza dei componenti di altri corpi, quali la Polizia di Stato, i Carabinieri, la Guardia di finanza,

che agiscono su tutto il territorio nazionale e sono sempre in servizio (nello stesso senso si era già espressa Sez. 2, n. 05771/2008, Mazziotti di Celso, Rv. 602077-01).

Sez. 2, n. 03839/2019, Falaschi, Rv. 652363-01, ha ulteriormente precisato che, poiché la polizia municipale è abilitata *ex art.* 13 della l. n. 689 del 1981 a compiere sull'intero territorio comunale l'attività di accertamento istituzionale nell'ambito dell'espletamento dei servizi di polizia stradale, all'interno di detto territorio essa ha il potere di accertare anche le infrazioni commesse su strada statale al di fuori del centro abitato. Perciò, gli accertamenti di violazioni del codice della strada compiuti in tale territorio debbono ritenersi legittimi sotto il profilo della competenza dell'organo accertatore, restando l'organizzazione, la direzione e il coordinamento del servizio elementi esterni all'accertamento, influenti su detta competenza (conforme Sez. 1, n. 22366/2006, Salvago, Rv. 593146-01).

17.4. Il concorso di violazioni.

Con riferimento all'ipotesi di concorso di violazioni, secondo **Sez. 6-2 n. 01683/2019, Scalisi, Rv. 652348-01**, l'effettuazione di una manovra di sorpasso in prossimità di una curva con l'invasione dell'opposta corsia di marcia realizza al contempo sia la fattispecie del sorpasso vietato, sia quella della circolazione contromano, non sussistendo tra le due violazioni un rapporto di specialità bensì di concorso formale, stante la diversa *ratio* degli artt. 143 e 148 del codice della strada.

17.5. “Contrassegno invalidi”, autorizzazioni all'accesso in zona a traffico limitato ed al trasporto di merci su strada, sospensione e revoca della patente, nozione di veicolo “fuori uso”.

Innanzitutto, **Sez. 6-2, n. 12625/2019, Falaschi, Rv. 653848-01**, nel conformarsi a Sez. 1, n. 08425/2004, Bonomo, Rv. 572575-01, ha ribadito che il diritto di sostare nelle aree riservate, previsto in favore dei detentori del “contrassegno invalidi”, presuppone non solo la titolarità, ma anche l'effettiva esposizione del contrassegno stesso, in mancanza della quale, non essendo possibile verificare se il veicolo sia al servizio di un portatore di disabilità, l'autorità che procede ad accertare il fatto deve contestare la violazione di cui all'art. 158 del codice della strada.

Inoltre, con riguardo alla violazione conseguente all'accesso in zona a traffico limitato senza titolo autorizzativo, per **Sez. 2, n. 05338/2019, Picaroni, Rv. 652707-01**, il permesso di accesso a tale zona non è collegato al veicolo, la targa del quale costituisce solo l'elemento identificativo, dal punto di vista giuridico, che consente di effettuare il controllo, con la conseguenza che la cessione della vettura non comporta anche il trasferimento automatico del detto permesso.

Sez. 6-2, n. 07704/2019, Carrato, Rv. 653171-01, ha, poi, esaminato l'illecito previsto dall'art. 218, comma 6, del codice della strada, chiarendo che le sanzioni amministrative comminate da questa disposizione si applicano non solo qualora la circolazione abusiva si realizzi dopo l'adozione formale del provvedimento del prefetto di sospensione della patente di guida, ma anche quando avvenga anteriormente al periodo di ritiro della stessa da parte degli agenti accertatori che, essendo preordinato all'irrogazione di detta sospensione, ne anticipa l'efficacia (nello stesso senso si era già espressa Sez. 6-2, n. 23457/2011, Carrato, Rv. 620162-01).

Sez. 2, n. 13508/2019, Bellini, Rv. 654046-01, ha statuito che la revoca della patente, comminata dal giudice penale *ex* art. 222, comma 2, d.lgs. n. 285 del 1992 costituisce una sanzione amministrativa accessoria a una sanzione penale – nella specie per guida in stato di ebbrezza – concretamente applicata, a norma dell'art. 224, comma 2, del d.lgs. n. 285 del 1992, dall'autorità amministrativa entro 15 giorni dalla comunicazione della sentenza o del decreto di condanna irrevocabili. Ne consegue che il provvedimento di “revoca” della patente non viene materialmente in esistenza prima che il giudice penale lo pronunci (altro essendo, per natura, finalità ed effetti diversi, il provvedimento prefettizio, cautelare, di “sospensione provvisoria” della patente) e che il suo procedimento di applicazione da parte della competente autorità amministrativa non può iniziare prima che la sentenza penale sia passata in giudicato.

Con riguardo al trasporto di merci su strada, **Sez. 2, n. 28283/2019, Oliva, Rv. 655690-01**, ha chiarito che, affinché ricorra il difetto di autorizzazione, sanzionato ai sensi dell'art. 46 della l. n. 298 del 1974, occorre che venga effettuato un trasporto di merci ad opera di chi non sia titolare della necessaria autorizzazione perché non gli è mai stata rilasciata, restando, invece, irrilevante che l'autorizzazione non sia momentaneamente in suo possesso nel momento in cui è accertata la violazione (in senso conforme si era già espressa Sez. 2, n. 12697/2007, Mensitieri, Rv. 597558-01).

Infine, **Sez. 2, n. 34034/2019, Scarpa, Rv. 656329-02**, ha affermato che, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 209 del 2003, deve essere considerato “fuori uso” un veicolo del quale sia stata compiuta la materiale consegna al centro di raccolta. In particolare, la S.C. ha rilevato che la cancellazione dal P.R.A. deve avvenire a cura esclusiva del suo titolare, ovvero del concessionario o del gestore della succursale della casa costruttrice o dell'automercato, dovendo detto concessionario o gestore o titolare, entro tre giorni dalla consegna del veicolo, restituire il certificato di proprietà, la carta di circolazione e le targhe relativi allo stesso e, all'esito, procedere alla fase di “trattamento”, la quale è comprensiva delle attività di messa in sicurezza, di demolizione, di pressatura, di tranciatura, di frantumazione, di recupero o di preparazione per lo smaltimento dei rifiuti frantumati, nonché di tutte le altre operazioni eseguite ai fini del recupero o dello smaltimento del veicolo fuori uso e

dei suoi componenti, dopo la consegna del mezzo presso un impianto di frantumazione.

18. Le sanzioni diverse da quelle comminate per infrazioni al codice della strada.

Nel corso dell'anno molteplici pronunce hanno precisato presupposti, struttura e ambito applicativo delle sanzioni amministrative non riconducibili ad infrazioni al codice della strada. In particolare, hanno assunto rilievo le decisioni che si sono occupate dell'indebita percezione di aiuti comunitari.

18.1. Indebita percezione di aiuti comunitari.

Conformandosi all'orientamento espresso da Sez. 2, n. 19366/2010, San Giorgio, Rv. 614858-01, **Sez. 2, n. 10459/2019, Tedesco, Rv. 653406-01**, ha ribadito che, ai fini della configurabilità dell'illecito previsto dall'art. 3 della l. n. 898 del 1986, il quale costituisce un illecito di danno e non di pericolo, è sufficiente che l'indebita percezione di aiuti comunitari sia conseguente all'esposizione di dati o notizie false. Pertanto, in applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto irrilevante, per escludere la punibilità dell'avvenuta presentazione di documenti non veritieri, l'eventuale accertamento dell'astratta ricorrenza dei presupposti per il conseguimento del beneficio.

Inoltre, la detta sanzione, per **Sez. 2, n. 10459/2019, Tedesco, Rv. 653406-02**, non è equiparabile, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, a quella penale per qualificazione giuridica, natura e grado di severità, sicché la doppia punibilità prevista dagli artt. 2 e 3 della l. n. 898 citata non integra una violazione del principio del *ne bis in idem*, con conseguente irrilevanza di un'eventuale questione di costituzionalità.

Ad avviso di **Sez. 2, n. 04841/2019, Dongiacomo, Rv. 652627-01**, competente ad emettere l'ordinanza ingiunzione, ai sensi degli artt. 2 e 3 della l. n. 898 del 1986, per indebita percezione di premi a carico del Fondo agricolo europeo mediante esposizione di dati e notizie false, è il Ministero delle Risorse agricole (poi sostituito da quello delle Politiche agricole), trattandosi di materia attribuita allo Stato e non alle Regioni, anche qualora spettino a queste ultime l'esame e l'accertamento dell'indebito conseguito. Resta salvo il caso in cui gli illeciti contestati siano riconducibili a funzioni amministrative delegate alle stesse Regioni *ex* art. 4, comma 1, lett. c), della menzionata l. n. 898 del 1986. Con la pronuncia in esame, la S.C. ha, quindi, confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto la competenza della Regione Marche a comminare la sanzione in questione, avendo l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA), organismo pagatore dello Stato di aiuti, contributi

e premi comunitari finanziati dal Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia, cd. FEAOG, delegato alla medesima Regione i compiti di autorizzazione del pagamento dei premi e di controllo amministrativo e materiale.

Ancora in tema di aiuti comunitari, **Sez. 1, n. 24040/2019, Mercolino, Rv. 655306-03**, ha ritenuto che la possibilità di applicazione di sanzioni amministrative riguardo all'illecito di indebita percezione di aiuti comunitari nel settore dell'agricoltura non esclude il recupero degli stessi attraverso la ripetizione dell'indebito regolata dall'art. 2033 c.c., la quale trova applicazione non solo qualora l'erogazione sia avvenuta in assenza dei presupposti o di un valido provvedimento giustificativo, ma anche ove il titolo per fruire del beneficio, originariamente esistente, venga meno per decadenza o revoca, senza che sia necessaria l'adozione di un atto di accertamento o liquidazione. La Corte ha precisato che l'amministrazione può, infatti, provvedere congiuntamente al recupero delle somme versate e all'irrogazione delle sanzioni, adottando il procedimento previsto dalla l. n. 689 del 1981, richiamato dalla l. n. 898 del 1986, ma può pure agire separatamente per la ripetizione di quanto pagato, utilizzando gli strumenti contemplati dal diritto comune.

Sez. 1, n. 24040/2019, Mercolino, Rv. 655306-04, ha, altresì, affermato che l'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo si prescrive in dieci anni, *ex art.* 2946 c.c., mentre il termine previsto dall'art. 28, della l. n. 689 del 1981 riguarda esclusivamente la prescrizione delle sanzioni amministrative eventualmente connesse alla indebita percezione degli aiuti.

18.2. Incarichi retribuiti non autorizzati a pubblici dipendenti.

Nell'anno di riferimento si registrano delle pronunce in tema di sanzioni relative al conferimento di incarichi retribuiti a pubblici dipendenti non autorizzati dall'amministrazione di appartenenza.

Con riguardo a fattispecie concernente un'ordinanza ingiunzione emessa nei confronti del legale rappresentante di una società, che aveva conferito tali incarichi ad un dipendente pubblico senza preventiva autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, **Sez. 6-2, n. 04701/2019, Federico, Rv. 652647-01**, ha rilevato che il pregresso svolgimento, ad opera del medesimo dipendente, di incarichi similari e la comunicazione degli emolumenti percepiti negli anni pregressi al datore di lavoro non fossero idonei a fondare il ragionevole affidamento che la necessaria autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza fosse stata concessa, sicché essa doveva, comunque, essere nuovamente richiesta.

In ordine alla sanzione prevista dall'art. 53, comma 15, del d.lgs. n. 165 del 2001 a carico degli enti che attribuiscano incarichi retribuiti a dipendenti pubblici in assenza della previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza, per il caso

di omessa comunicazione dei compensi corrisposti, per **Sez. 2, n. 11953/2019, Falaschi, Rv. 653808-01**, l'intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della citata disposizione per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 2015 ne inibisce l'applicazione, posto che detta declaratoria produce effetti anche sui giudizi in corso, in ragione dell'efficacia retroattiva – salva l'avvenuta formazione del giudicato – delle pronunce di accoglimento della Corte costituzionale.

Sez. U, n. 28210/2019, D'Antonio, Rv. 655504-01, ha affrontato la questione relativa al soggetto competente all'irrogazione delle sanzioni previste per l'illecito amministrativo consistente nel conferimento di incarichi retribuiti a dipendenti pubblici, in violazione dell'art. 53, comma 9, del d.lgs. n. 165 del 2001. La S.C., come già pure Sez. L., n. 33032/2018, Tria, Rv. 652041-01, ha affermato che tale violazione non ha natura fiscale-tributaria-finanziaria, ma è riconducibile alla disciplina del pubblico impiego contrattualizzato. Da ciò consegue che il secondo periodo del predetto comma 9 – ove è previsto che “all'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni provvede il Ministero delle finanze, avvalendosi della Guardia di Finanza, secondo le disposizioni della legge 24 novembre 1981, n. 689” – deve essere interpretato nel senso che il legislatore non ha previsto alcuna esclusiva attribuzione di competenza, ma ha soltanto stabilito che, quando gli accertamenti degli illeciti ivi sanzionati sono disposti su impulso del Ministero delle Finanze, vi debba provvedere, per evidenti ragioni di celerità, la Guardia di Finanza, ovvero il corpo dipendente direttamente da detto Ministero, senza escludere, tuttavia, che possano comunque intervenire gli altri soggetti appartenenti alla polizia giudiziaria.

Infine, con un'importante ordinanza interlocutoria, **Sez. 2, n. 24083/2019, Falaschi**, ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., la questione di massima di particolare importanza relativa alla natura del rapporto di lavoro del direttore generale di una ASL ed al suo assoggettamento alla disciplina prevista per i dipendenti pubblici, con particolare riferimento ai limiti di applicabilità della normativa sulle incompatibilità di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, domandando se la violazione del carattere di esclusività del rapporto stabilito dall'art. 3-bis, comma 8, del d.lgs. n. 502 del 1992, possa costituire non solo motivo di risoluzione del contratto con la Regione, ma determinare anche l'irrogazione di una sanzione pecuniaria non contemplata dall'ordinamento. Per ulteriori approfondimenti su quest'ultimo provvedimento, si rinvia al capitolo sul rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato, paragrafo 8.

18.3. Le affissioni abusive.

In tema di sanzioni amministrative emesse, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 507 del 1993, per l'affissione di manifesti contenenti messaggi pubblicitari senza la prescritta autorizzazione, **Sez. 6-2, n. 00100/2019, Scalisi, Rv. 651908-01**, ha

precisato che la responsabilità solidale della persona giuridica o dell'ente privo di personalità giuridica - nel caso di violazione commessa dal rappresentante o dal dipendente degli enti medesimi, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze - consente di includere nell'ambito applicativo della norma non soltanto i soggetti legati alla persona giuridica o all'ente da un formale rapporto organico o di lavoro subordinato, ma anche tutte le ipotesi nelle quali i rapporti siano caratterizzati in termini di affidamento (inteso come materiale consegna all'autore della violazione del materiale pubblicitario) o di avvalimento (inteso come attività della quale il committente profitta); ciò a condizione che l'attività pubblicitaria sia riconducibile all'iniziativa del beneficiario quale committente o autore del messaggio pubblicitario o che sia documentato il rapporto tra autore della trasgressione ed ente o persona giuridica opponente. La S.C. ha rilevato che tale principio era applicabile anche ad una organizzazione sindacale e che, nella specie, sussisteva la sua responsabilità per l'affissione illecita di una locandina, nonostante la mancata individuazione delle persone fisiche che vi avevano provveduto, perché la detta locandina faceva riferimento ad uno sciopero promosso dalla medesima organizzazione, la sigla della quale era riportata assieme agli estremi della manifestazione che, nell'occasione, si sarebbe tenuta (in senso conforme, si era espressa Sez. 2, n. 13770/2009, D'Ascola, Rv. 608426-01).

Sez. 2, n. 20707/2019, Fortunato, Rv. 654983-01, ha precisato che l'affissione di manifesti politici all'infuori del periodo elettorale è regolata dal d.lgs. n. 507 del 1993, posto a protezione degli interessi finanziari del Comune e a tutela dell'ambiente e del decoro urbano del territorio amministrato, il cui art. 18 dispone che il servizio delle pubbliche affissioni è inteso a garantire la collocazione, a cura del Comune, in appositi impianti a ciò destinati, di manifesti di qualunque materiale costituiti, contenenti comunicazioni aventi finalità istituzionali, sociali o comunque prive di rilevanza economica. Diversamente, l'affissione che avvenga nel periodo elettorale è assoggettata alla disciplina della l. n. 212 del 1956, volta a tutelare la correttezza della competizione tra i candidati, la quale sanziona le condotte illecite (affissione fuori dagli spazi individuati ed assegnati dal comune o affissione senza titolo in detti spazi) che si collocano in tale periodo, presupponendo la predisposizione da parte dell'amministrazione di quanto necessario alla pubblicità elettorale da parte dei gruppi o dei candidati.

18.4. Le altre sanzioni.

Nel corso del 2019 sono intervenute due pronunce concernenti le sanzioni amministrative previste dalla l. della Regione Emilia-Romagna n. 17 del 1991 in tema di abusiva escavazione del terreno e di abusivo esercizio di attività estrattiva.

In particolare, con riguardo alla sanzione comminata dall'art. 22, comma 1, della citata legge, **Sez. 2, n. 13230/2019, Giusti, Rv. 653823-01**, ha affermato che essa si applica a chiunque svolga "attività estrattiva" senza avere conseguito l'autorizzazione per quella specifica attività in rapporto all'area in cui ricade. Resta, pertanto, fuori dal campo di applicazione di tale disciplina sanzionatoria l'attività di abusiva utilizzazione del materiale inerte (nella specie, materiale sabbioso già presente sul fondo dell'ingiuerto al momento dell'acquisto, derivante da scavi eseguiti dal precedente proprietario) attraverso la commercializzazione o smaltimento, non integrando detta condotta esercizio di attività estrattiva o di escavazione.

Quanto all'attività di escavazione abusiva del terreno per estrazione e trasporto di materiali derivati, **Sez. 6-2, n. 14592/2019, Carrato, Rv. 654232-01**, ha ritenuto che tale attività costituisca illecito permanente, il cui momento consumativo è caratterizzato da una situazione giuridica già realizzata e che si protrae nel tempo fino a che perdura la condotta illecita del contravventore. Ne consegue che il termine di novanta giorni per la notifica del verbale di accertamento decorre dalla data di cessazione della permanenza ovvero, quando non vi sia la prova di tale cessazione, dall'accertamento della violazione (conforme Sez. 5, n. 03535/2012, Pivetti, Rv. 621303-01).

Nell'anno di riferimento si registra una sola decisione in tema di confezionamento e pubblicità di prodotti alimentari. Si tratta di **Sez. 2, n. 25330/2019, Carrato, Rv. 655270-01**, per la quale anche il rivenditore è sanzionabile *ex art.* 18 d.lgs. n. 109 del 1992 (nella formulazione applicabile *ratione temporis*) per le infrazioni di cui all'art. 2 del medesimo d.lgs., allorché non sia consentita al consumatore una immediata e certa identificazione degli elementi propriamente integranti la corretta etichettatura: ed infatti, nonostante immetta il prodotto sul mercato, nella sua qualità di mero distributore, come gli viene fornito dal produttore, egli acquista la veste di operatore commerciale appartenente alla filiera dei passaggi del prodotto confezionato (dal momento della produzione a quello della vendita finale), qualifica alla quale si riferisce, nello stabilire i principi ed i requisiti della legislazione alimentare, l'art. 17 del Reg. CE n. 178 del 2002, secondo il quale spetta agli operatori (e non ai soli produttori) del settore alimentare (e dei mangimi) garantire che nelle imprese da essi controllate gli alimenti (o i mangimi) soddisfino le disposizioni della legislazione alimentare inerenti alle loro attività in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione, nonché verificare che tali disposizioni siano rispettate.

Ancora in tema di etichettatura, ma relativa ai prodotti dell'industria e del commercio, **Sez. 6-2, n. 20982/2019, Carrato, Rv. 655276-01**, ha affermato che, in base all'art. 4, comma 49, l. n. 350 del 2003, sulla tutela della corretta etichettatura, costituisce fallace indicazione di origine e provenienza l'uso di segni, figure, o quant'altro possa indurre il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce sia di origine italiana, incluso l'uso fallace o fuorviante di marchi aziendali ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli, fatto salvo quanto previsto dal comma 49-*bis*, ovvero l'uso di marchi di aziende italiane su prodotti o merci non originari dell'Italia in base alla normativa europea sull'origine senza l'indicazione precisa, in caratteri evidenti, del loro paese o del loro luogo di fabbricazione o di produzione, o altra indicazione sufficiente ad evitare qualsiasi errore sulla loro effettiva origine estera. In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto integrasse fallace indicazione di origine un'etichetta raffigurante il marchio “*Belair*” con l'indicazione di una s.r.l. avente sede in Italia, in mancanza di ulteriore indicazione idonea ad esteriorizzare, in modo univoco, che i prodotti fossero stati importati dalla Cina.

Per quanto concerne le sanzioni che interessano il settore alimentare, secondo **Sez. 2, n. 34039/2019, Scarpa, Rv. 656222-01**, ai fini dell'integrazione della violazione amministrativa di cui all'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 193 del 2007 – il quale, salvo che il fatto costituisca reato, sanziona chiunque, nei limiti di applicabilità del regolamento (CE) n. 852/2004 ed essendovi tenuto, non effettui la notifica all'autorità competente di ogni stabilimento posto sotto il suo controllo che esegua una qualsiasi delle fasi di produzione, trasformazione e distribuzione di alimenti, ovvero le compia quando la registrazione è sospesa o revocata – devono considerarsi operatori del settore alimentari non soltanto le strutture di ristorazione che si svolgono in pubblici esercizi e che sono rivolte ad un consumatore indifferenziato, ma anche quelle destinate ad un consumatore finale identificabile, quali le mense di comunità religiose, gli ospedali, le case di cura o di riposo per anziani.

In tema di danno ambientale, **Sez. 2, n. 29873/2019, Picaroni, Rv. 656189-01**, ha chiarito che l'illecito omissivo di cui all'art. 304, comma 2, del d.lgs. n. 152 del 2006 è integrato dalla mancata comunicazione del pericolo di danno ambientale, da parte dell'operatore interessato, anche ad uno solo dei destinatari previsti dal comma 1 del citato art. 304 nel termine di ventiquattro ore.

Nell'anno sono intervenute, altresì, due pronunce concernenti le sanzioni amministrative in tema di rifiuti.

Sez. 2, n. 34038/2019, Scarpa, Rv. 656221-01, ha rilevato, innanzitutto, che i formulari di identificazione rifiuti, contenuti nel d.m. n. 145 del 1998, prescrivono che le relative quantità debbano essere sia indicate all'inizio del trasporto sia verificate

a destino, specificando, poi, se il destinatario abbia accettato il carico per intero o per una minore quantità.

Pertanto, la S.C. ha affermato che risulta, per l'effetto, incompleto il documento il quale riporti la quantità dei rifiuti, alternativamente, alla partenza o all'arrivo e che l'omessa indicazione del peso degli stessi, accertato a destino, non può intendersi supplita *per relationem* dall'avvenuta accettazione per intero del carico da parte del destinatario, atteso che il rigore formale della normativa ha la funzione di consentire un esatto controllo sulla natura e sulla quantità dei rifiuti trasportati, così da garantire una completa tracciabilità di tale attività.

Relativamente al trasporto di rifiuti non pericolosi, ad avviso di **Sez. 2, n. 34031/2019 Bellini, Rv. 656220-01**, integra la condotta tipica dell'illecito amministrativo commesso in violazione dell'art. 193 del d.lgs. n. 152 del 2006 e sanzionato dall'art. 258 del medesimo decreto l'omissione, da parte del produttore e del trasportatore, dell'obbligo di compilare e sottoscrivere il formulario di trasporto. In particolare, il fondamento della punibilità del concorso di persone in tale illecito risiede già *in re ipsa* nella citata disposizione quale suo elemento costitutivo (senza che operi la diversa fattispecie di cui all'art. 5 della l. n. 689 del 1981), in forza del quale i soggetti coinvolti, il produttore ed il trasportatore, sono ugualmente obbligati a compilare ed a sottoscrivere il formulario e, in caso di omissione dell'obbligo assunto, entrambi (quali trasgressori principali) soggiacciono alla sanzione disposta per violazione amministrativa accertata.

In tema di disciplina delle campagne elettorali per le elezioni regionali, **Sez. 1, n. 28262/2019, Scalia, Rv. 655563-01** – confermando l'indirizzo già espresso da Sez. 2, n. 08443/2008, Piccialli, Rv. 602413-01 – ha ribadito che la diffida di cui all'art. 15, comma 8, della l. n. 515 del 1993, con la quale il collegio regionale di garanzia elettorale invita il candidato che l'abbia omessa a presentare la dichiarazione concernente le spese sostenute e le obbligazioni assunte per la propaganda elettorale, assolve alla duplice funzione di offrire al trasgressore la possibilità di sanare l'illecito e di avvertirlo della pendenza del procedimento sanzionatorio, sicché è superfluo l'invio di un'ulteriore diffida prima dell'irrogazione della sanzione amministrativa, essendo l'interessato già a conoscenza della natura dell'addebito e della pendenza della procedura.

Infine, secondo **Sez. 2, n. 29236/2019, Scarpa, Rv. 656186-01**, l'infrazione relativa all'importazione o esportazione di denaro o titoli al portatore per un importo superiore a quello prescritto dall'art. 3 del d.lgs. n. 195 del 2008 ha carattere oggettivo e si perfeziona con la sola omissione della dichiarazione all'ufficio doganale di confine, postulando, sotto il profilo soggettivo, soltanto un comportamento cosciente e volontario, ancorché non preordinato a fini illeciti, o non consapevole dell'illiceità del fatto. Questa conclusione è suffragata dalla circostanza che viene in

rilievo, nella specie, un adempimento che impone l'obbligo di specifici avvisi senza alcun onere finanziario ed è volto alla rilevazione globale dei movimenti di capitali verso le frontiere e non ad evitare illeciti trasferimenti di somme.

CAPITOLO XXIX

EQUA RIPARAZIONE PER L'IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

(DI PAOLA D'OVIDIO)

SOMMARIO: 1. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso. – 2. Condizioni di proponibilità della domanda di equa riparazione. – 3. Durata “ragionevole” del giudizio presupposto. – 4. Presunzione di insussistenza del pregiudizio da irragionevole durata del processo. – 5. Diritto all’indennizzo. – 6. Misura dell’indennizzo. – 7. Altre questioni processuali.

1. Termine di decadenza per la proposizione del ricorso.

L’art. 4 della l. n. 89 del 2001, come sostituito dall’art. 55, comma 1, lett. d), del d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012, prevedeva che la domanda di riparazione dovesse essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva.

Nel sistema anteriore alla modifica introdotta dal citato d.l. n. 83 del 2012 era contemplata espressamente la possibilità di proporre la domanda di equa riparazione anche durante la pendenza del cd. processo presupposto, una volta maturata la ragionevole durata dello stesso.

Tale sistema è stato sostanzialmente ripristinato dalla Corte costituzionale che, con una decisione di carattere additivo (Corte cost. n. 88 del 2018), ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 4 della l. n. 89 del 2001 – come sostituito dalla novella del 2012 – nella parte in cui non prevede che la domanda di equa riparazione, una volta maturato il ritardo, possa essere proposta in pendenza del processo presupposto.

Tenuto conto di tale intervento della Corte delle leggi, **Sez. 2, n. 22300/2019, Giannaccari, Rv. 654921-01**, ha affermato il principio – in linea di continuità con il sistema vigente prima delle modifiche introdotte con il citato d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012 – secondo il quale, in caso di proposizione della domanda di indennizzo durante la pendenza del giudizio presupposto è consentita e non costituisce *mutatio libelli* l'estensione della domanda al periodo di ulteriore durata del processo presupposto, venendo in rilievo una protrazione della medesima violazione, oggetto di specifica integrazione dell'originaria domanda ed insuscettibile di ledere il principio del contraddittorio. La medesima pronuncia ha altresì precisato che, ove tale estensione sia stata formulata dopo l'entrata in vigore della l. n. 134 del 2012 cit., il rito da applicare al giudizio *ex lege* Pinto resta quello vigente all'epoca della sua originaria introduzione, in ragione del carattere unitario del procedimento.

Nel corso dell'anno 2019 diverse pronunce hanno altresì chiarito e puntualizzato alcuni aspetti concernenti la decorrenza del termine di decadenza per la proponibilità della domanda.

Su un piano generale, **Sez. 6-2, n. 16194/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 654605-01**, ha ribadito che per "definitività" della decisione concludente il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata – la quale segna il *dies a quo* del termine di decadenza di sei mesi per la proponibilità della domanda – s'intende, in relazione al giudizio di cognizione, il passaggio in giudicato della sentenza che lo definisce, precisando altresì che l'avvenuta decadenza, ove risulti dagli atti, è rilevabile d'ufficio.

Sez. 6-2, n. 33207/2019, Criscuolo, Rv. 656262-01, ha inoltre precisato che l'art. 4 della l. n. 89 del 2001 configura la sola definitività della decisione come *dies a quo* ai fini della decorrenza del termine di decadenza, mentre il diritto dell'erede di agire in tale qualità, dopo la morte del dante causa, si prospetta come mera possibilità di esercitare quel diritto, senza, quindi, che si possa ricollegare alla morte della parte alcun effetto giuridico incidente sul termine di proponibilità della domanda.

Con particolare riguardo al caso di estinzione del giudizio presupposto per mancata tempestiva riassunzione a seguito di declaratoria di incompetenza, **Sez. 2, n. 20872/2019, Casadonte, Rv. 655184-01**, ha affermato che il termine di proponibilità della domanda *ex* art. 4 della l. n. 89 del 2001 decorre dalla scadenza del termine trimestrale per la riassunzione del giudizio dinnanzi al giudice territorialmente competente e non già dalla data dell'inoppugnabilità dell'ordinanza di estinzione emessa *ex* art. 308 c.p.c., giacché detta pronuncia ha natura dichiarativa, riconoscendo, quindi, un effetto che si è prodotto già alla scadenza del termine fissato per il compimento dell'atto.

Quanto all'equa riparazione da irragionevole durata di un processo civile conclusosi innanzi alla Corte di cassazione con una decisione di rigetto del ricorso o di inammissibilità o di decisione nel merito, **Sez. 6-2, n. 11737/2019, Criscuolo, Rv. 653510-01**, ha puntualizzato che, ai fini della decorrenza del termine decadenziale – il cui *dies a quo* è segnato dalla definitività del provvedimento conclusivo del procedimento nell'ambito del quale si assume verificata la violazione – occorre avere riguardo alla data di deposito della decisione della Corte, quale momento che determina il passaggio in giudicato della sentenza, a ciò non ostando la pendenza del termine per la revocazione *ex* art. 391-*bis* c.p.c.

Con specifico riferimento alla domanda di indennizzo per irragionevole durata della procedura fallimentare cui non siano applicabili le modifiche introdotte con d.lgs. n. 5 del 2006 e d.lgs. n. 169 del 2007, si è pronunciata **Sez. 6-2, n. 08088/2019, Criscuolo, Rv. 653385-01**, chiarendo che il termine semestrale di decadenza decorre dalla data di definitività del decreto di chiusura del fallimento, da individuarsi, qualora

il provvedimento non sia stato comunicato, in quello di un anno dalla sua pubblicazione ai sensi dell'art. 327 c.p.c.

Sez. 2, n. 02273/2019, Federico, Rv. 652428-01, ha inoltre precisato che l'istanza di mediazione che preceda la domanda di equa riparazione interrompe, ai sensi dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 28 del 2010, il decorso del termine semestrale di decadenza di cui all'art. 4 della l. n. 89 del 2001 dal momento della sua comunicazione alle altre parti e non da quello del suo deposito.

In tema di irragionevole durata del processo amministrativo, **Sez. 2, n. 27783/2019, Besso Marcheis, Rv. 655671-01**, ha affermato che la sentenza adottata dal Consiglio di Stato diviene definitiva, agli effetti dell'art. 4 della l. n. 89 del 2001 (nel testo introdotto dal d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012), dal momento in cui scadono i termini per la sua impugnazione per motivi attinenti alla giurisdizione, giacché tra questi rientra anche il cd. eccesso di potere giurisdizionale, vizio che può emergere solo con la pubblicazione della decisione.

Sul tema del rapporto fra fase di cognizione e di esecuzione ai fini del riconoscimento dell'indennizzo, di particolare rilevanza è l'arresto di **Sez. U, n. 19883/2019, Conti, Rv. 654838-01**, con il quale è stato affermato che la fase di cognizione del processo che ha accertato il diritto all'indennizzo a carico dello Stato-debitore va considerata unitariamente rispetto alla fase esecutiva eventualmente intrapresa nei confronti dello Stato, senza la necessità che essa venga iniziata entro sei mesi dalla definitività del giudizio di cognizione, decorrendo il termine di decadenza per la proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 4 della l. n. 89 del 2001 – nel testo modificato dall'art. 55 d.l. n. 83 del 2012, conv. nella l. n. 134 del 2012 risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2018 – dalla definitività della fase esecutiva.

Con l'ulteriore precisazione, contenuta nella medesima pronuncia, che, ai fini dell'individuazione della ragionevole durata del processo rilevante per la quantificazione dell'indennizzo previsto dall'art. 2 della l. n. 89 del 2001, la fase esecutiva eventualmente intrapresa dal creditore nei confronti dello Stato-debitore inizia con la notifica dell'atto di pignoramento e termina allorché diventa definitiva la soddisfazione del credito indennitario (**Sez. U, n. 19883/2019, Conti, Rv. 654838-02**), mentre il termine di centoventi giorni di cui all'art. 14 del d.l. n. 669 del 1996, conv. dalla l. n. 30 del 1997 (a mente del quale prima del decorso di tale termine, decorrente dalla notifica del titolo esecutivo, il creditore non può procedere ad esecuzione forzata né alla notifica di atto di precetto nei confronti delle P.A.), non produce alcun effetto ai fini della ragionevole durata del processo esecutivo (**Sez. U, n. 19883/2019, Conti, Rv. 654838-03**).

2. Condizioni di proponibilità della domanda di equa riparazione.

In relazione all'irragionevole durata dei processi amministrativi già pendenti alla data del 16 settembre 2010 e non soggetti all'art. 2, comma 1, della l. n. 89 del 2001, nella formulazione derivante dalle modifiche introdotte dalla l. n. 208 del 2015, **Sez. 2, n. 21709/2019, Casadonte, Rv. 655234-01**, ha chiarito che, a seguito della sentenza n. 34 del 2019 della Corte costituzionale, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008, come novellato dal d.lgs. n. 104 del 2010, la presentazione dell'istanza di prelievo nel giudizio presupposto non rappresenta più una condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione, ma può costituire elemento indiziante di una sopravvenuta carenza o di non serietà dell'interesse della parte alla decisione del ricorso, potendo assumere rilievo ai fini della quantificazione dell'indennizzo.

3. Durata “ragionevole” del giudizio presupposto.

Sez. 2, n. 27782/2019, Besso Marcheis, Rv. 655684-01, ha opportunamente chiarito che l'art. 2, comma 2-*ter*, della l. n. 89 del 2001, a mente del quale il termine di ragionevole durata del processo si considera comunque rispettato se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni, costituisce norma di chiusura, che implica una valutazione complessiva del giudizio articolato nei tre gradi, e non opera, perciò, con riguardo ai processi che si esauriscono in unico grado,

Ciò coerentemente a quanto in precedenza affermato, più in generale, da **Sez. 6-2, n. 01520/2019, Scarpa, Rv. 652277-01**, che ha evidenziato come il principio della unitarietà del procedimento impone che la durata del giudizio presupposto vada riguardata nel suo complesso e non limitatamente alla singola fase processuale che si sia protratta oltre il rispettivo *standard* di ragionevolezza.

In ogni caso, ove la domanda di equa riparazione sia proposta durante la pendenza del processo presupposto, **Sez. 6-2, n. 01521/2019, Scarpa, Rv. 652278-01**, ha precisato che il giudice deve prendere in considerazione il solo periodo intercorrente tra il suo promovimento e la proposizione del ricorso per equa riparazione, e non anche l'ulteriore ritardo, futuro ed incerto, suscettibile di maturazione nel prosieguo del primo processo, che potrà essere posto a fondamento di una successiva domanda, a meno che tale ulteriore durata, già verificatasi durante il procedimento per equa riparazione, non denoti una protrazione della medesima violazione e sia stata oggetto di specifica allegazione ad integrazione della originaria domanda.

Deve in proposito tenersi conto dell'ulteriore principio, espresso da **Sez. 2, n. 10582/2019, Casadonte, Rv. 653560-01**, secondo cui la data di pubblicazione della

sentenza di appello del giudizio presupposto, intervenuta nel corso del giudizio di equa riparazione, ove la decisione stessa sia stata oggetto di allegazione e prova nel procedimento, costituisce evento certo in base al quale potersi calcolare il ritardo processuale ulteriormente maturato dopo la proposizione dell'azione *ex lege* n. 89 del 2001.

Con riferimento al giudizio di rinvio – tanto di quello disposto dalla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 383 c.p.c., quanto di quello disposto dal giudice d'appello, ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c. – **Sez. 2, n. 22299/2019, Abete, Rv. 655217-01**, ha precisato che, poiché il termine di ragionevole durata del processo va determinato, di regola, in tre anni per il primo grado, due per il secondo ed uno per ciascuna fase successiva, la durata ragionevole va individuata nella misura di un anno, trattandosi di prosecuzione del processo originario.

Un'altra interessante pronuncia ha riguardato l'ipotesi in cui vi sia stata la sospensione cautelare di provvedimenti impugnati davanti al giudice amministrativo: in proposito, **Sez. 6-2, n. 01527/2019, Scarpa, Rv. 652347-01**, ha osservato che tale sospensione, ancorché anticipi tutti gli effetti della sentenza richiesta, è un atto precario e rivedibile, che non incide sul diritto della parte attrice di ottenere la definizione della controversia entro un termine ragionevole, né osta alla configurabilità di un pregiudizio morale, pur se di entità ridotta, dato che il provvedimento cautelare non elimina l'incertezza e la connessa sofferenza per l'attesa della definizione della lite, potendo solo diminuirne l'intensità, in relazione all'aspettativa del conformarsi dell'emananda sentenza alle determinazioni di tipo interinale già adottate dal giudice. Pertanto, conclude la pronuncia in discorso, nel caso in cui, nel corso di un procedimento innanzi al giudice amministrativo, sia stata concessa la misura cautelare della sospensione del provvedimento impugnato, è rimesso al giudice del merito di valutare eventualmente se la parte abbia un prevalente interesse a una protrazione indefinita di tale stato di sospensione rispetto a quello relativo alla ragionevole durata, non potendo tale accertamento essere sindacato in sede di legittimità sotto il profilo della violazione di norme di diritto.

Riguardo al computo della durata del processo di cognizione ed esecutivo, **Sez. U, n. 19883/2019, Conti, Rv. 654838-01**, ha statuito che non va considerato come "tempo del processo" quello intercorso fra la definitività della fase di cognizione e l'inizio della fase esecutiva, quest'ultimo, invece, potendo eventualmente rilevare ai fini del ritardo nell'esecuzione come autonomo pregiudizio, allo stato indennizzabile in via diretta ed esclusiva, in assenza di rimedio interno, dalla Corte EDU.

Peraltro, come precisato da **Sez. 2, n. 00007/2019, Fortunato, Rv. 651985-01**, nella durata complessiva delle procedure esecutive, individuali o concorsuali, devono essere inclusi anche i tempi impiegati per la definizione di vicende processuali parallele o incidentali, irrilevante essendo la natura cognitiva od esecutiva del rimedio

azionato. Pertanto, in tale durata devono essere computati pure i reclami e le successive impugnazioni, poiché tutti ineriscono all'unico processo di esecuzione.

Ulteriore questione è stata affrontata da **Sez. U, n. 19883/2019, Conti, Rv. 654838-04**, con specifico riferimento al giudizio di ottemperanza promosso all'esito della decisione di condanna dello Stato al pagamento dell'indennizzo di cui alla l. n. 89 del 2001, il quale deve considerarsi sul piano funzionale e strutturale pienamente equiparabile al procedimento esecutivo, dovendosi considerare unitariamente rispetto al giudizio che ha riconosciuto il diritto all'indennizzo.

Infine, **Sez. 2, n. 08032/2019, Criscuolo, Rv. 653157-01** ha opportunamente chiarito che il termine di quattro mesi, previsto dall'art. 3, comma 6, della l. n. 89 del 2001, nel testo *ratione temporis* vigente, per la conclusione del procedimento di liquidazione dell'indennizzo, ha carattere ordinatorio, essendo solo indicativo e non vincolante per il giudice, sicché la violazione dello stesso non determina automaticamente il superamento della soglia di ragionevolezza della durata del processo, ben potendo derivare dalle esigenze organizzative dell'ufficio procedente, con la conseguenza che diviene necessaria un'indagine specifica del giudice adito in ordine al limite temporale di ragionevolezza.

4. Presunzione di insussistenza del pregiudizio da irragionevole durata del processo.

La novella legislativa del 2015 (l. n. 208 del 2015) ha introdotto nell'ordito della l. n. 89 del 2001 l'art. 2, comma 2-*sexies*, il quale prevede alcune presunzioni *juris tantum* di insussistenza del pregiudizio da irragionevole durata del processo, superabili dalla prova contraria, per i casi di prescrizione del reato di cui benefici l'imputato (lett. *a*), di contumacia della parte (lett. *b*), di estinzione o perenzione del processo civile o amministrativo (lett. *c* e *d*), di proposizione di motivi aggiunti al ricorso amministrativo mediante autonomo ricorso (lett. *e*), nonché di mancata richiesta di riunione *ex art. 70 c.p.a.* dei ricorsi amministrativi connessi, proposti dalla stessa parte (lett. *f*); infine, la lettera *g*) della medesima norma esclude fino, a prova contraria, l'indennizzo in caso di "irrisorietà della pretesa o del valore della causa, valutata anche in relazione alla condizione personale della parte", così recependo il principio fissato dall'art. 35, comma 3, lett. *b*), CEDU, in vigore dal 1° giugno 2010, che nega il ristoro del pregiudizio che non abbia un certo grado di serietà (cd. clausola *de minimis non curat praetor*).

Nel corso dell'anno in rassegna, la S.C. ha in più occasioni affrontato la questione concernente l'applicabilità retroattiva o meno di tali nuove disposizioni, statuendo che le stesse si applicano ai soli giudizi di equa riparazione introdotti dopo l'entrata in vigore della stessa l. n. 208 del 2015 (1 gennaio 2016).

In particolare, **Sez. 2, n. 25323/2019, Varrone, Rv. 655269-01**, ha affermato il summenzionato principio con specifico riferimento alle presunzioni *iuris tantum* di insussistenza del pregiudizio previste dalla lett. *d*) del citato art. 2, comma 2-*sexies*, precisando che tale disposizione, introducendo nuovi oneri probatori, non può operare retroattivamente nell'ambito dei processi in corso, in quanto chiama l'uno o l'altro dei contendenti ad addurre prove che questi in origine non era tenuto a fornire, ponendosi altrimenti a repentaglio la garanzia costituzionale del diritto di difesa.

Tale principio è stato ribadito da **Sez. 2, n. 32992/2019, Criscuolo, Rv. 656219-01**, la quale ha altresì puntualizzato che nei giudizi di equa riparazione introdotti prima dell'entrata in vigore della l. n. 208 del 2015, anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104 del 2010, la dichiarazione di perenzione del giudizio da parte del giudice amministrativo non consente di ritenere insussistente il danno per disinteresse della parte a coltivare il processo.

Analogamente, **Sez. 2, n. 25542/2019, Scarpa, Rv. 655264-01**, con riguardo alla lett. *c*) del citato art. 2, comma 2-*sexies* (secondo cui non sussiste il pregiudizio da irragionevole durata del processo, salvo prova contraria, nel caso di estinzione del processo per rinuncia o inattività delle parti ai sensi degli artt. 306 e 307 c.p.c.), ha affermato che tale disposizione trova applicazione nei soli giudizi introdotti dopo il 1° gennaio 2016, data di entrata in vigore della novella, in assenza di norme che dispongano diversamente e in forza dell'art. 11 disp. att. c.c., dettando la disposizione una nuova disciplina della formazione e valutazione della prova nel processo di equa riparazione e dando luogo, dunque, ad uno *ius superveniens* che opera sugli effetti della domanda e, al contempo, determina un mutamento dei presupposti legali cui è condizionata la disciplina di ogni singolo caso concreto.

Sotto diverso profilo, di particolare interesse **Sez. 2, n. 27920/2019, Casadonte, Rv. 655685-01** che ha valutato la nozione di contumacia, rilevante ai fini dell'operatività della presunzione di insussistenza del pregiudizio da irragionevole durata del processo di cui all'art. 2, comma 2-*sexies*, lett. *b*), della l. n. 89 del 2001, coordinandola con l'art. 2, comma 2-*bis*, della stessa legge ed ha affermato il principio secondo il quale la contumacia cui fa riferimento l'art. 2, comma 2-*sexies*, lett. *b*), deve intendersi riferita alla sola contumacia civile, come desumibile, oltre che dalla terminologia impiegata dal legislatore ("contumacia della parte"), dalla diversità della natura e della disciplina della contumacia nel processo civile e in quello penale; conseguentemente quest'ultima disposizione non rileva ai fini del calcolo della durata del processo penale fissata dall'art. 2, comma 2-*bis*, della medesima legge.

5. Diritto all'indennizzo.

Tra le pronunce emesse nel corso del 2019 si segnalano due decisioni che hanno riguardato alcuni casi di non indennizzabilità del pregiudizio, altre due pronunce in

tema di accertamento della sussistenza del danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo, una decisione sul diritto all'indennizzo dei cessionari di crediti ammessi al passivo fallimentare ed un'ultima decisione sulla applicabilità ai soli giudizi iniziati dopo il 1° gennaio 2016 dell'art. 2, comma 2-*quinqüies*, della l. n. 89 del 2001, come modificato dalla l. n. 208 del 2015.

La prima di queste è costituita da **Sez. 2, n. 26497/2019, Scarpa, Rv. 655680-01**, la quale, dando continuità al principio già affermato da Sez. 2, n. 633/2014, Manna F., Rv. 628986-01, ha ribadito che, in applicazione dell'art. 12 del Protocollo n. 14 alla CEDU, il pregiudizio non è indennizzabile se al di sotto della soglia minima di gravità, da apprezzarsi nel duplice profilo della violazione e delle conseguenze, sicché restano escluse dalla riparazione sia le violazioni minime del termine di durata ragionevole, di per sé non significative, sia quelle di maggiore estensione temporale, riferibili però a giudizi presupposti di carattere bagatellare, in cui esigua è la posta in gioco e trascurabili i rischi sostanziali e processuali connessi.

La seconda decisione riguarda il debitore esecutato rimasto inattivo, il quale, secondo **Sez. 6-2, n. 29139/2019, Falaschi, Rv. 656240-01**, non ha diritto ad alcun indennizzo per l'irragionevole durata del processo esecutivo, che è preordinato all'esclusivo interesse del creditore, sicché egli – a differenza del contumace nell'ambito di un processo dichiarativo – è soggetto al potere coattivo del creditore, recuperando solo nelle eventuali fasi d'opposizione *ex* artt. 615 e 617 c.p.c., la cui funzione è diretta a stabilire un separato ambito di cognizione, la pienezza della posizione di parte, con possibilità di svolgere contraddittorio e difesa tecnica.

In riferimento alla liquidazione del danno, **Sez. 2, n. 09919/2019, Lombardo, Rv. 653491-01**, ha precisato che la presunzione del danno non patrimoniale conseguente all'accertata violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6 della CEDU, può essere superata qualora il giudice ravvisi nel caso concreto la ricorrenza di peculiari circostanze attinenti al giudizio presupposto, idonee a escludere la configurabilità di qualsivoglia patimento o stress ricollegabili all'irragionevole protrarsi del giudizio, trattandosi di valutazione discrezionale, sottratta al sindacato di legittimità se sorretta da adeguata motivazione. Nella fattispecie esaminata, in applicazione del predetto principio, la S.C. ha cassato la sentenza della Corte d'appello che aveva riconosciuto presuntivamente il danno non patrimoniale conseguente all'accertata irragionevole durata di un processo amministrativo, omettendo di considerare che il ricorrente, che aveva impugnato il giudizio di non ammissione all'esame di maturità, ma che era stato ammesso in via cautelare a sostenerlo, lo aveva poi superato conseguendo il relativo diploma, il che aveva determinato l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse.

Sulla stessa scia, **Sez. 2, n. 26497/2019, Scarpa, Rv. 655680-02**, ha ribadito il principio secondo cui, poiché il danno non patrimoniale è conseguenza normale, ma

non automatica e necessaria, della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 6 CEDU, il giudice, una volta accertata e determinata l'entità della violazione, deve ritenere sussistente il pregiudizio, a meno che, nel caso concreto, non ricorrano circostanze particolari, che inducano ad escluderne l'esistenza.

Sez. 2, n. 08053/2019, Scalisi, Rv. 653159-01, ha affermato che i cessionari di crediti ammessi al passivo fallimentare hanno diritto al riconoscimento dell'indennizzo *iure proprio* dal momento in cui assumono la qualità di parte processuale, coincidente con la data della comunicazione della cessione al curatore ex art. 115, comma 2, l.fall., essendo la loro posizione del tutto assimilabile a quella dell'erede della parte costituita, deceduta prima del decorso del termine di ragionevole durata del processo presupposto, per il quale il diritto al riconoscimento del suddetto indennizzo matura soltanto a decorrere dalla relativa costituzione in giudizio.

Infine, riguardo alla retroattività o meno dell'art. 2, comma 2-*quiquies*, della l. n. 89 del 2001, come modificato dalla l. n. 208 del 2015 (che esclude l'indennizzo in favore della parte che ha agito o resistito in giudizio consapevole dell'infondatezza originaria o sopravvenuta delle proprie domande e difese), **Sez. 2, n. 25826/2019, Cosentino, Rv. 655463-01**, ha chiarito che tale disposizione trova applicazione nei soli giudizi introdotti dopo il 1° gennaio 2016, per effetto dell'art. 11 disp. att. c.c., in quanto, pur realizzando la recezione di un principio costituente "diritto vivente", rientra tra le disposizioni che incidono sulla disciplina giuridica del fatto generatore del diritto all'equa riparazione, impedendo, in presenza della situazione ivi indicata, l'insorgenza stessa del diritto all'equa riparazione del danno da durata non ragionevole del processo.

6. Misura dell'indennizzo.

Ai fini della liquidazione dell'indennizzo, come precisato da **Sez. 2, n. 14521/2019, Oliva, Rv. 654081-01**, il giudice deve fare riferimento, da un lato, ai valori minimi e massimi indicati dall'art. 2-*bis*, comma 1, della legge n. 89 del 2001 – nel testo novellato dalla legge n. 208 del 2015, applicabile *ratione temporis* ai ricorsi depositati a decorrere dal 1 gennaio 2016 –, e dall'altro ai parametri elencati al comma 2 del medesimo art. 2-*bis*, tra i quali rientra anche l'apprezzamento dell'esito del giudizio nel cui ambito il ritardo si è maturato, avendo il giudice altresì la facoltà di applicare "nel caso di integrale rigetto delle domande della parte ricorrente" la specifica decurtazione di un terzo prevista dall'art. 2-*bis*, comma 1-*ter*, della normativa in esame. Peraltro, aggiunge la medesima decisione, è precluso alla Corte di cassazione sindacare la concreta determinazione del *quantum* dell'indennizzo operata dal giudice di merito, trattandosi di valutazione di fatto, ovvero l'applicazione della

riduzione di cui al richiamato art. 2-*bis*, comma 1-*ter*, in quanto esplicazione di potere discrezionale il cui esercizio è rimesso al predetto giudice di merito.

Tali principi si pongono in linea di continuità con quanto già affermato da **Sez. 6-2, n. 03157/2019, Criscuolo, Rv. 652280-01**, secondo la quale l'art. 2-*bis* della l. n. 89 del 2001 (anche nella formulazione, applicabile *ratione temporis*, derivante dalle modifiche introdotte dalla l. n. 208 del 2015), relativo alla misura ed ai criteri di determinazione dell'indennizzo per l'irragionevole durata del processo, rimette al prudente apprezzamento del giudice di merito – sindacabile in sede di legittimità nei soli limiti ammessi dall'art. 360, n. 5, c.p.c. – la scelta del moltiplicatore annuo, compreso tra il minimo ed il massimo ivi indicati, da applicare al ritardo nella definizione del processo presupposto, orientando il *quantum* della liquidazione equitativa sulla base dei parametri di valutazione, tra quelli elencati nel comma 2 dell'art. 2-*bis* cit., che appaiano maggiormente significativi nel caso specifico.

In ogni caso, il limite quantitativo dell'indennizzo, previsto dall'art. 2-*bis*, comma 3, della l. n. 89 del 2001, va determinato sulla base del valore della vicenda oggetto del giudizio presupposto, includendovi gli interessi liquidati nella pronuncia con cui tale giudizio sia stato definito, ma non le spese legali in esso sostenute che, pur gravando sulla parte perché funzionali all'esercizio dell'azione, non rientrano nell'oggetto della causa (**Sez. 6-2, n. 07695/2019, Cosentino, Rv. 653378-01**).

Peraltro, nell'ipotesi in cui sia inapplicabile *ratione temporis* l'art. 2-*bis* introdotto nella cd. legge Pinto dall'art. 55, comma 1, lett. *b*), del d.l. n. 83 del 2012, convertito in legge n. 134 del 2012, **Sez. 6-2, n. 07616/2019, Cosentino, Rv. 653060-01**, ha ribadito il principio, già più volte affermato dalla Corte di legittimità, secondo il quale il giudice nazionale, ai fini della liquidazione del danno, deve tener conto dei criteri applicati dalla Corte EDU e può discostarsi da essi solo con adeguata motivazione, che dia conto delle peculiari circostanze concrete della singola vicenda che impongono l'adozione di criteri di commisurazione diversi da quelli indicati in sede europea.

Sotto altro profilo, sempre attinente alla liquidazione del danno, **Sez. 2, n. 07570/2019, Oliva, Rv. 653151-01**, ha precisato che il danno patrimoniale indennizzabile per violazione del principio della ragionevole durata del processo comprende il pregiudizio che costituisce conseguenza diretta di tale violazione e, quindi, anche quello subito per perdita di *chance*, purché esso non si risolva in una mera aspettativa di fatto, ma presenti i caratteri di un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione da parte del giudice di merito, al quale la parte istante ha l'onere di fornire la prova puntuale dell'esistenza di detta posta, pure in via presuntiva, mediante un criterio probabilistico. In applicazione di tale principio, con la pronuncia da ultimo citata la S.C. ha escluso, anche sotto il profilo della perdita di *chance*, che costituisse danno

derivante dalla eccessiva durata del giudizio presupposto quello dovuto alla sopravvenuta ammissione al concordato preventivo del debitore, cui era conseguita, in applicazione delle regole di tale procedura, la falcidia del credito vantato dai ricorrenti.

Con specifico riferimento alla peculiare ipotesi di un giudizio presupposto derivato dalla riunione di due procedimenti originariamente separati ed aventi come parti una società in accomandita semplice e un socio in proprio, **Sez. 2, n. 13238/2019, Varrone, Rv. 653824-01**, ha statuito che il relativo danno va integralmente ristorato per ognuna delle parti, trattandosi di due distinte posizioni giuridiche con separate posizioni processuali e, di conseguenza, con separate aspettative di definizione del giudizio in tempi ragionevoli.

Sulle cause di lavoro e previdenziali si è pronunciata **Sez. 2, n. 08235/2019, Tedesco, Rv. 653293-01**, statuendo che la loro inclusione nel novero di quelle per le quali la Corte EDU ha ritenuto che la liquidazione dell'indennizzo per il danno non patrimoniale possa giungere fino a 2000 euro per anno, in ragione della particolare importanza della controversia, non significa che tali cause debbano sempre considerarsi particolarmente rilevanti, con la conseguente automatica liquidazione del predetto maggior indennizzo.

Riguardo all'applicabilità temporale dell'art. 2-*bis*, commi 1 e 1-*ter*, della l. n. 89 del 2001, introdotti dalla l. n. 208 del 2015, **Sez. 2, n. 25837/2019, Scarpa, Rv. 655465-01**, ha affermato che tali disposizioni, dettando una nuova disciplina che prevede l'applicabilità dell'abbassamento a 400 euro del minimo annuo, nonché la riducibilità ulteriore di un terzo in caso di rigetto della domanda nel procedimento cui l'azione per l'equa riparazione si riferisce, costituiscono uno *ius superveniens* che, in assenza di norme che dispongano diversamente ed in forza dell'art. 11 disp. att. c.c., trova applicazione nei soli giudizi introdotti dopo l'1 gennaio 2016,

7. Altre questioni processuali.

Ai fini dell'individuazione del giudice competente sulla domanda di equa riparazione, *ex* art. 3 della l. n. 89 del 2001, come modificato dall'art. 1, comma 777, della l. n. 208 del 2015, **Sez. 6-2, n. 09721/2019, Carrato, Rv. 653508-01**, ha chiarito che deve aversi riguardo al distretto della Corte d'appello in cui ha sede il giudice avanti al quale si è svolto il giudizio presupposto e che lo ha definito nel merito, anche, eventualmente, a seguito di riassunzione per intervenuta dichiarazione di incompetenza del giudice originariamente adito, e non, come in precedenza, il giudice dinanzi al quale il giudizio è stato introdotto.

Sez. 6-2, n. 26267/2019, Scarpa, Rv. 655749-01, ha altresì ribadito il principio, già affermato da Sez. U. n. 5700/2014, San Giorgio, Rv. 629676-01, secondo cui, in base alla disciplina prevista dalla l. n. 89 del 2001, nel testo previgente alle modifiche

apportate dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. in l. n. 132 del 2012, il termine per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione di udienza alla controparte non è perentorio, non essendo previsto espressamente dalla legge, con la conseguenza che il giudice, nell'ipotesi di omessa o inesistente notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza – anche dopo l'adozione di un provvedimento di non luogo a provvedere per mancata comparizione delle parti, seguito da tempestiva riassunzione – deve, in difetto di spontanea costituzione del resistente, concedere al ricorrente un nuovo termine, avente carattere perentorio, entro il quale rinnovare la notifica.

Sulla portata dell'art. 3, comma 3, della l. n. 89 del 2001 si è pronunciata **Sez. 2, n. 24181/2019, Cosentino, Rv. 655434-01**, chiarendo che tale norma non introduce requisiti di carattere formale della domanda incidenti sulla procedibilità o ammissibilità della stessa, ma specifica il contenuto dell'onere probatorio gravante sul ricorrente nella fase monitoria del giudizio, il cui mancato adempimento non determina il rigetto della domanda, dovendo il giudice, ai sensi dell'art. 640 c.p.c. richiamato dall'art. 3 cit., invitare la parte a rimediare all'insufficienza della prova.

Peculiare è il caso esaminato da **Sez. 2, n. 08054/2019, Scalisi, Rv. 653506-01**, relativo ad una fattispecie in cui la Corte d'appello, in sede di opposizione contro un decreto che aveva liquidato a tre ricorrenti un indennizzo *ex* l. n. 89 del 2001, aveva confermato il provvedimento unicamente nei confronti della parte che ne aveva richiesto la notificazione, dichiarandolo inefficace in ordine alle somme ingiunte in favore delle altre: la S.C. ha cassato tale decisione affermando il principio secondo cui la richiesta di notificazione di un atto processuale, riguardante più soggetti, a nome di uno solo di essi deve ritenersi effettuata nell'interesse anche degli altri, poiché tale notificazione sostituisce a tutti gli effetti l'elencazione, inutilmente ripetitiva, dei nominativi dei detti soggetti, la cui presenza si ricava dall'atto notificato.

Quanto alla liquidazione delle spese processuali del giudizio per il riconoscimento dell'equo indennizzo da irragionevole durata del processo ai sensi della l. n. 89 del 2001, **Sez. 2, n. 06015/2019, Giannaccari, Rv. 652772-01**, ha ribadito il carattere contenzioso del procedimento, in quanto volto a risolvere una controversia su contrapposte posizioni di diritto soggettivo che si svolge in pieno contraddittorio tra le parti e si conclude con un provvedimento il quale, pur con la forma del decreto motivato, ha natura sostanziale di sentenza ed è suscettibile di acquistare autorità di giudicato. Conseguentemente la citata pronuncia ha affermato che trovano applicazione analogica le disposizioni degli artt. 91 ss. c.p.c. in tema di spese processuali e che la relativa liquidazione va effettuata non già in base alla tabella n. 7 del d.m. n. 55 del 2014 del Ministero della Giustizia, concernente i procedimenti di volontaria giurisdizione, bensì a quella n. 12 del medesimo d.m. sui giudizi ordinari innanzi alla Corte d'appello.

In senso conforme si è pronunciata **anche Sez. 6-2, n. 16770/2019, Scarpa, Rv. 654610-01**.

Di particolare interesse, con riferimento al caso dell'erronea citazione dell'amministrazione competente in un giudizio di equa riparazione per durata non ragionevole del procedimento, **Sez. 2, n. 08049/2019, Bellini, Rv. 653292-01**, ha statuito che l'art. 4 della l. n. 260 del 1958 deve ritenersi applicabile anche quando l'errore d'identificazione riguardi distinte ed autonome soggettività di diritto pubblico ammesse al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ma, in forza del principio dell'effettività del contraddittorio, la sua operatività è circoscritta al profilo della rimessione in termini, con esclusione, dunque, di ogni possibilità di "stabilizzazione" nei confronti del reale destinatario, in funzione della comune difesa, degli effetti di atto giudiziario notificato ad altro soggetto e del conseguente giudizio. In applicazione di tale principio la S.C. ha conseguentemente cassato con rinvio la decisione di merito che aveva dichiarato inammissibile un ricorso notificato al Ministero dell'Economia e delle Finanze senza disporre la rinnovazione della notifica al Ministero della Giustizia, amministrazione che, invece, avrebbe dovuto essere parte del giudizio.

Da ultimo, **Sez. 2, n. 02689/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 652353-01**, in riferimento al procedimento di equa riparazione per irragionevole durata di un processo amministrativo, ha precisato che la condizione di proponibilità della domanda di equa riparazione prevista dall'art. 54 del d.l. n. 112 del 2008 è soddisfatta qualora l'istanza di prelievo sia stata presentata, così segnalandosi l'urgenza del ricorso, con la conseguenza che la ritualità della richiesta di prelievo non è inficiata dalla circostanza che l'istanza sollecitatoria menzioni, anziché l'art. 71 del d.lgs. n. 104 del 2010, il non più vigente art. 51 del r.d. n. 642 del 1907, poiché occorre guardare al contenuto della richiesta senza fermarsi al dato formale dell'articolo di legge in essa menzionato, trattandosi della medesima istanza prevista da due fonti diacroniche.

CAPITOLO XXX

LA RIPARAZIONE DEL DANNO DA DETENZIONE DISUMANA E DEGRADANTE

(DI GIOVANNI ARMONE)

SOMMARIO: 1. Profili generali. – 2. La competenza. – 3. La decadenza e altre questioni processuali.

1. Profili generali.

L'adeguamento dell'ordinamento italiano alla giurisprudenza della Corte EDU, in tema di rimedi individuali contro i trattamenti disumani e degradanti nei confronti di detenuti, è avvenuto progressivamente.

Dapprima, sono intervenute le misure legislative condensate nell'art. 35-*ter* ord. pen., introdotto dal d.l. n. 92 del 2014, che prevede sia misure di riparazione in forma specifica, consistenti in una riduzione della pena detentiva ancora da espiare, sia misure di ristoro economico, in base alle quali il detenuto ha diritto a una somma di denaro, pari a 8 euro per ogni giorno di detenzione pregiudizievole.

Nel corso del 2018, si sono poi pronunciate le Sezioni Unite civili e penali della Corte di cassazione, che hanno individuato la natura dei rimedi introdotti e alcuni fondamentali corollari (Sez. U civ., n. 11018/2018, Curzio, Rv. 648270-01; Sez. U pen. n. 3775/2017, dep. 26/1/2018, Rv. 271649, Tuttolomondo).

I rimedi garantiti dall'art. 35-*ter* hanno natura indennitaria, trovando origine nella violazione di obblighi gravanti *ex lege* sull'amministrazione penitenziaria; il diritto a farli valere si prescrive pertanto in dieci anni, come confermato da **Sez. 3, n. 21789/2019, Scarano, Rv. 654783-01**.

Trattandosi di un pregiudizio a carattere permanente, per il quale l'indennizzo è commisurato all'unità temporale del giorno di detenzione, il termine di prescrizione decorre *de die in diem*, dal compimento cioè di ciascuna giornata trascorsa in condizioni detentive non conformi all'art. 3 CEDU; la decorrenza della prescrizione è tuttavia variabile, poiché, per i pregiudizi anteriori alla novella, il termine decorre solo dal 28 giugno 2014, data di entrata in vigore della stessa, salvo l'operare del termine di decadenza previsto dalla disciplina transitoria.

Nel 2019, la giurisprudenza di legittimità si è dunque dedicata a profili applicativi di maggior dettaglio.

2. La competenza.

Quando il danneggiato versi in condizione di restrizione in carcere e questa abbia una durata tale da consentire l'eventuale decurtazione nella misura richiesta, il rimedio azionabile ha carattere specifico e la competenza appartiene al magistrato di sorveglianza; lo stato di detenzione deve essere potenzialmente produttivo delle condizioni disumane e degradanti, che giustificano l'indennizzo.

Cessata questa condizione, l'art. 35-*ter* prevede che il rimedio sia indennitario e la competenza spetti al giudice civile.

Ne consegue che la detenzione domiciliare radica la competenza del giudice civile (Sez. 3, n. 31552/2018, Di Florio, Rv. 65194502), mentre il soggetto sottoposto alla misura alternativa della semilibertà, in quanto ancora formalmente sottoposto a esecuzione penale, stante la sua perdurante restrizione, ancorché soltanto parziale, all'interno dell'istituto penitenziario, può accedere alla sola tutela in forma specifica (**Sez. 3, 22169/2019, Porreca, Rv. 654785-01**).

Sin dall'inizio problematica è apparsa la questione della domanda avanzata dal detenuto condannato all'ergastolo: questi è ristretto in carcere, ma non può vedersi ridotta la pena; d'altronde, la competenza del magistrato di sorveglianza a concedere il ristoro pecuniario sembra limitata a ipotesi diverse e tassative.

La via per uscire dalla strettoia è stata tracciata da Corte cost. n. 204 del 21 luglio 2016, che, investita della relativa questione di legittimità costituzionale, l'ha dichiarata infondata, sul presupposto che il rimedio costituito dalla riduzione della pena sia prioritario, ma non esclusivo, come dimostra il fatto che il rimedio risarcitorio sia attivabile anche quando la pena è stata interamente espiata; entrambi i rimedi fungono da strumento di riparazione alla compromissione della dignità umana indotta da un trattamento carcerario degradante, cosicché la materiale impossibilità di ridurre la pena non può essere di ostacolo al risarcimento, perché costituisce un'evenienza estranea a tale pregiudizio.

L'insegnamento della Corte costituzionale, già fatto proprio dalla giurisprudenza penale (per tutte Sez. 1, n. 32280/2018, Rv. 273851-01, Nolis), è stato recepito anche da quella civile: un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 35-*ter*, coincidente con gli esiti cui conduce una interpretazione logico-sistematica, porta a riconoscere la competenza del magistrato di sorveglianza ad adottare il provvedimento di ristoro economico nel caso di periodo di detenzione trascorso in condizioni disumane, anche in mancanza di qualsiasi collegamento con un'effettiva riduzione del periodo detentivo, come avviene nell'ipotesi di soggetto sottoposto a pena perpetua (**Sez. 6-3, n. 20830/2019, De Stefano, Rv. 654849-02**).

Una precisazione importante è stata però operata dalla giurisprudenza penale proprio nel corso del 2019.

Il fatto che il ristoro pecuniario possa essere chiesto anche dal condannato all'ergastolo e che la competenza sia del magistrato di sorveglianza non priva lo stesso soggetto dell'interesse a chiedere la riparazione in forma specifica, sempre ai sensi dell'art. 35-ter.

All'esito di un'approfondita ricostruzione della disciplina dell'ergastolo anche ostativo e della sua compatibilità con i principi costituzionali e sovranazionali, **Sez. 1, n. 41649/2019, Rv. 276879-01, Ficara**, ha chiarito che il condannato alla pena perpetua conserva l'interesse e il diritto a chiedere la riduzione dei giorni di pena in caso di detenzione disumana e degradante, riduzione che, pur non immediatamente sfruttabile, è suscettibile di incidere sulla determinazione della pena scontata in funzione dell'ammissione del detenuto, ricorrendone i presupposti, alla liberazione condizionale e alle altre misure premiali.

La citata **Sez. 6-3, n. 20830/2019, De Stefano, Rv. 654849-01**, ha poi avvertito che la ripartizione di competenza desumibile dall'art. 35-ter non è idonea a generare conflitti classici. E' pertanto inammissibile l'istanza di regolamento di competenza avverso il provvedimento con cui il giudice civile ha ritenuto la competenza del magistrato di sorveglianza; la disposizione in esame non pone infatti una questione di competenza secondo la nozione desumibile dal codice di procedura civile, dipendendo l'alternativa tra l'uno e l'altro giudice dal riferimento della controversia ad un medesimo fatto materiale, suscettibile di valutazione sotto profili giuridici diversi.

3. La decadenza e altre questioni processuali.

Il sistema dei rimedi contro la detenzione disumana e degradante prevede due diversi termini di decadenza.

L'uno, previsto dall'art. 35-ter, comma 3, è quello per proporre l'azione davanti al giudice civile dopo la cessazione dello stato detentivo. Esso decorre – come statuito da **Sez. 6-3, n. 02519/2019, Cigna, Rv. 652293-01** – dalla cessazione della custodia cautelare anche nel caso in cui, entro tale termine, il processo penale sia ancora pendente, versandosi pur sempre in un'ipotesi di non computabilità della custodia cautelare nella determinazione della pena da espiare.

L'altro termine decadenziale, contenuto nella disciplina transitoria dell'art. 2 del d.l. n. 92 del 2014, riguarda i pregiudizi patiti prima dell'entrata in vigore del d.l.: **Sez. 3, n. 02549/2019, Iannello, Rv. 652484-01**, ha precisato che in tal caso il termine decorre dall'entrata in vigore del decreto e che la domanda è ammissibile a una duplice condizione: che non sia ancora intervenuta una pronuncia sulla ricevibilità del ricorso da parte della Corte EDU e che il ricorrente indichi, nel ricorso interno, la data di presentazione del ricorso avanti alla stessa.

Non determina la chiusura in rito del procedimento camerale la mancata comparizione della parte ricorrente dinanzi al giudice che l'ha disposta al fine di procedere al libero interrogatorio (**Sez. 3, n. 08771/2019, Fiecconi, Rv. 653417-01**).

Di portata potenzialmente molto ampia è infine il principio enunciato da **Sez. 3, n. 02350/2019, Di Florio, Rv. 652480-01**, che, ponendosi sulla scia di Sez. 6-1, n. 10130/2018, Terrusi, non massimata, ha affermato che la natura giuridica del credito del Ministero della Giustizia per il pagamento di una pena pecuniaria non gli preclude di eccepire in compensazione il controcredito del detenuto per il risarcimento del danno da inumana o degradante detenzione, in quanto il primo rappresenta una mera entrata patrimoniale dello Stato, peraltro suscettibile di riscossione mediante ruolo a seguito dell'estensione operata dal d.lgs. n. 46 del 1999.

CAPITOLO XXXI

I PROCEDIMENTI DISCIPLINARI

(DI GIANLUCA GRASSO)

Sommario: 1. Premessa. - 2. La responsabilità disciplinare dei magistrati. - 2.1. Gli illeciti disciplinari. - 2.1.1. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge. - 2.1.2. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori. - 2.1.3. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile. - 2.1.4. Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni. - 2.1.5. Gli illeciti disciplinari conseguenti al reato. - 2.2. La condotta disciplinare irrilevante. - 2.3. La misura cautelare della sospensione cautelare facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio. - 2.4. Il procedimento disciplinare. - 2.5. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale. - 3. La responsabilità disciplinare degli avvocati. - 3.1. Gli illeciti disciplinari. - 3.2. Il procedimento disciplinare. - 4. La responsabilità disciplinare dei notai. - 4.1. Gli illeciti disciplinari. - 4.2. Il procedimento disciplinare.

1. Premessa.

La rassegna sulla responsabilità disciplinare racchiude le pronunce rese in tale ambito dalla S.C. nei riguardi dei magistrati, degli avvocati e dei notai.

2. La responsabilità disciplinare dei magistrati.

Sul tema della responsabilità disciplinare degli appartenenti all'ordine giudiziario si distinguono le pronunce rese sugli illeciti commessi nell'esercizio delle funzioni mentre, riguardo al procedimento, numerose decisioni hanno affrontato le peculiarità di tale rito.

2.1. Gli illeciti disciplinari.

Riguardo alle diverse fattispecie, vanno menzionate le pronunce delle Sezioni Unite in merito alle ipotesi di illecito che discendono dall'esercizio delle funzioni, con particolare riguardo all'inosservanza dell'obbligo di astensione, ai comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori, alla grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, al grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni e agli illeciti disciplinari conseguenti al reato.

Sul piano generale, in tema di concorso apparente di norme va segnalata la pronuncia **Sez. U, n. 04881/2019, Lombardo, Rv. 652854-01** sul principio di specialità *ex art. 15 c.p.* Secondo l'apprezzamento compiuto, tale disposizione vale anche nelle ipotesi di illecito disciplinare del magistrato, allorquando sussista un concorso apparente di norme coesistenti astrattamente applicabili al medesimo fatto

disciplinariamente rilevante. Tuttavia, tale norma non può ritenersi operante se le fattispecie di illecito concorrenti, ancorché astrattamente poste in rapporto di specialità tra di loro, siano in concreto riferibili a fatti diversi.

Nella specie è stata esclusa la configurabilità di un concorso apparente di norme in una ipotesi in cui l'incolpato aveva contattato il magistrato relatore di un processo penale e, successivamente, aveva comunicato all'imputato l'esito favorevole del colloquio, attesa la radicale e ontologica diversità delle due condotte contestate, ricondotte, rispettivamente, all'art. 2, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 109 del 2006 – relativo all'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato – e alla lett. d) della medesima disposizione, che sanziona i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratore.

2.1.1. La consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge.

Riguardo alla consumazione dell'illecito previsto dall'art. 2, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 109 del 2006, con riferimento all'ipotesi delle “gravi ragioni di convenienza” prevista dall'art. 36, comma 1, lett. b), c.p.p., le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 02301/2019, Giusti, Rv. 652286-01**) hanno ritenuto configurabile in tutti i casi in cui si riscontri un rapporto di frequentazione tra il giudice e il difensore della parte nel processo penale tale da rivelare uno stretto e risalente legame suscettibile di intaccare, per il modo e l'intensità che lo connota, la serenità e capacità del magistrato di essere imparziale, ovvero di ingenerare il sospetto che egli possa rendere una decisione ispirata a fini diversi da quelli istituzionali e diretta, per ragioni private e personali, a favorire o danneggiare i destinatari, mentre non rileva un rapporto di mera collaborazione episodica, in vista di una pubblicazione scientifica o di un convegno di studi, né tanto meno la condivisione, attuale o passata, con modalità contenute e in via saltuaria, di un'attività di docenza universitaria o parauniversitaria.

Nella specie, la S.C. ha ritenuto che la semplice circostanza che il magistrato avesse partecipato alla redazione di un volume, nell'ambito di un più ampio trattato del quale era stato condirettore il difensore dibattimentale dell'imputato, non era sufficiente a integrare le gravi ragioni di convenienza. Le Sezioni Unite hanno censurato la pronuncia della Sezione disciplinare nella parte in cui si era riferita, in via del tutto assertiva e generica, a un non meglio circostanziato “legame” con il difensore, senza tuttavia indicare da quali risultanze probatorie sarebbe emersa l'esistenza, tra il giudice e il professore universitario, di un rapporto di intensa e risalente amicizia o di assidua frequentazione privata e personale, periodicamente ricercata e organizzata.

Nell'ambito del rito civile, è stato evidenziato che la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione non è esclusa nel caso in cui sia proposta un'istanza di ricusazione che il magistrato ritenga inammissibile – nella specie, sul presupposto che l'istante non fosse legittimato ad intervenire, e quindi ad assumere la qualità di parte, nella procedura esecutiva –, quando sussista un obbligo di astensione nei casi di cui all'art. 51 c.p.c., sussistendo altresì l'illecito della grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, a norma dell'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 109 del 2006, qualora il magistrato non disponga la sospensione, ma compia atti ulteriori del procedimento (**Sez. U, n. 29833/2019, Lamorgese, Rv.**).

Nella fattispecie, era stato accertato che il magistrato avesse rapporti di debito e cause pendenti con la società che aveva proposto l'istanza di ricusazione (art. 51, n. 3, c.p.c.), in procedimenti esecutivi dai quali erano scaturiti procedimenti contenziosi dinanzi allo stesso Tribunale e nel procedimento penale nel quale la stessa società era costituita parte civile. L'esistenza del suddetto obbligo di astensione rendeva non inammissibile *ictu oculi* l'istanza di ricusazione, imponendo di conseguenza la sospensione dei procedimenti e il divieto di compiere atti processuali.

Secondo l'apprezzamento delle S.U., una volta accertata l'esistenza di un obbligo di astensione, il magistrato ricusato non ha più il potere di operare la suddetta delibazione, trovando piena attuazione l'esigenza di assicurare alle parti l'imparzialità del giudizio nella controversia, cui è connessa la sospensione del processo e il divieto di compiere atti processuali, secondo la valutazione legale di cui all'art. 52 c.p.c., comma 3, e art. 298, comma 1, c.p.c. Non attenersi a questa regola di comportamento, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, non integra una incensurabile interpretazione di norme processuali, ma è segno di ignoranza o negligenza inescusabile.

2.1.2. I comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori.

Riguardo all'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 109 del 2006 sui comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, è stato ritenuto (**Sez. U, n. 31058/2019, Vincenti, Rv.**) che la nozione di “grave scorrettezza” cui fa riferimento la previsione normativa, nel rendere sanzionabili disciplinarmente i comportamenti del magistrato nei confronti delle parti, dei difensori, di altri magistrati e di chiunque abbia con esso rapporti nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ha carattere “elastico”; pertanto, in funzione del giudizio di sussunzione dei fatti accertati nella norma che tipizza il predetto illecito, il giudice disciplinare deve attingere sia ai principi che la disposizione (anche implicitamente) richiama (tra cui il principio che il magistrato, nell'esercizio delle

funzioni sia giudicanti che requirenti, deve improntare la propria condotta con i superiori, i colleghi e il personale dell'ufficio di appartenenza al canone di leale collaborazione) sia a fattori esterni presenti nella coscienza comune, così da fornire concretezza alla parte mobile della disposizione che, come tale, si rende suscettibile di adeguamento rispetto al contesto storico sociale in cui deve trovare operatività.

In applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha ritenuto che si sottraesse alle censure di *errores in iudicando* e di vizio di motivazione il giudizio con cui la Sezione disciplinare aveva reputato gravemente scorretto nei confronti del procuratore della Repubblica f.f., il comportamento del sostituto procuratore, il quale, dopo avere dal primo ricevuto, nel corso di una riunione con tutti i colleghi investiti della trattazione di un procedimento di grande rilevanza mediatica, anche per l'ipotizzato conflitto tra due uffici di procura, la raccomandazione di mantenere il più assoluto riserbo con gli organi di informazione, aveva invece taciuto al procuratore f.f. la circostanza di avere già avuto un colloquio con un giornalista, e lo aveva quindi invitato a rispondere ad una telefonata dello stesso giornalista, così ponendolo nella condizione di interloquire senza avere un quadro completo degli accadimenti e senza potersi determinare in modo consapevole circa le dichiarazioni da rilasciare o se, invero, non rilasciarle affatto.

Gravemente scorretto è stato parimenti ritenuto il comportamento del sostituto procuratore della Repubblica che aveva inviato una lettera di censura a un agente di polizia giudiziaria, travalicando i suoi poteri e in tal modo incorrendo nell'illecito disciplinare, dal momento che la legge (art. 17 disp. att. c.p.p.) riserva l'esercizio dell'azione disciplinare contro gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria al Procuratore generale presso la Corte di appello nel cui distretto prestano servizio e prevede la preventiva e specifica contestazione per iscritto dell'addebito, nonché la sua notifica all'incolpato, con i contestuali avvisi in ordine alla facoltà di presentare memorie, produrre documenti e richiedere l'audizione di testimoni (**Sez. U, n. 19228/2019, Garri, Rv. 654682-02**).

Con riferimento al contenuto dei provvedimenti giurisdizionali, **Sez. U, n. 29833/2019, Lamorgese, Rv.** ha riscontrato la presenza di un comportamento gravemente scorretto del magistrato nell'inserimento in provvedimenti giurisdizionali di valutazioni e giudizi personali sull'operato di altri colleghi e su vicende estranee all'oggetto dei procedimenti nei quali sono pronunciati, tanto più se oggettivamente denigratori nei loro confronti.

Sez. U, n. 11586/2019, Mercolino, Rv. 653789-02 ha invece escluso che potesse considerarsi integrato l'illecito disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, con riferimento al caso in cui un P.M. e un G.I.P., rispettivamente nella richiesta e nell'ordinanza con cui venivano concesse misure cautelari a carico degli indagati, avevano trascritto alcune intercettazioni telefoniche nelle quali gli

interlocutori indicavano il questore come colui che proteggeva uno degli indagati, senza però disporre la sua iscrizione nel registro delle notizie di reato. Secondo il giudizio compiuto, l'apprezzamento della idoneità della suddetta trascrizione a delineare maggiormente il quadro indiziario a carico degli indagati, risolvendosi nella formulazione di un giudizio in ordine alla valenza probatoria degli elementi complessivamente adottati a sostegno della richiesta e, poi, della concessione della misura cautelare, doveva essere rimessa alla valutazione discrezionale dei magistrati interessati, e dunque essere sottratta al sindacato del giudice disciplinare.

È stato dunque confermato il principio secondo cui la condotta del magistrato, tradottasi nell'attività interpretativa e applicativa di norme di diritto, è censurabile sotto il profilo disciplinare nel solo caso in cui il provvedimento giurisdizionale sia stato adottato sulla base di un errore macroscopico o di una negligenza grave e inescusabile, rivelatrice di scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza, idonee a riverberarsi negativamente sulla credibilità del magistrato o sul prestigio dell'ordine giudiziario (in precedenza, in senso conforme, Sez. U, n. 07379/2013, Amoroso, Rv. 625555-01 aveva ritenuto esclusa la censurabilità dell'attività interpretativa del magistrato allorché pervenga a soluzioni non implausibili, ancorché criticabili come non fondate. Nella specie, era stata considerata errata – ma non implausibile – l'interpretazione dell'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203, in forza della quale era stata ipotizzata la simultanea ricorrenza delle circostanze aggravanti costituite dal ricorso al cosiddetto metodo mafioso e dall'agevolazione di associazione mafiosa, con conseguente applicazione di un più ampio termine di durata della misura cautelare personale della custodia in carcere).

Sez. U, n. 01416/2019, Carrato, Rv. 652232-01 ha confermato la condanna disciplinare emessa nei confronti del magistrato componente del collegio del riesame che, in qualità di giudice relatore, violando il grado minimo di diligenza, cura e precisione che si esige nell'esercizio della funzione giurisdizionale, aveva depositato un'ordinanza con la quale era stato accolto un appello del pubblico ministero, con la correlata applicazione della custodia cautelare in carcere, il giorno prima dell'udienza fissata per la discussione del gravame nei confronti dello stesso indagato, così determinando l'ingiustificata compromissione del diritto di difesa e al contraddittorio. Secondo l'apprezzamento compiuto, ai fini della valutazione delle incolpazioni incentrate sull'adozione di un provvedimento giudiziario, non rileva la correttezza in sé del provvedimento bensì la condotta del magistrato che lo ha adottato, allorché raggiunga un livello di negligenza tale da poter incidere negativamente sui valori tutelati dalla prescrizione disciplinare.

2.1.3. La grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile.

Diverse sono state le pronunce riguardanti la grave violazione di legge, sanzionabile ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 109 del 2006 in caso di ignoranza o negligenza inescusabile.

Al riguardo, è stato confermato che la grave violazione di legge rileva non in sé, bensì in relazione alla condotta deontologicamente deviante posta in essere nell'esercizio della funzione, e impone, pertanto, una valutazione complessiva della vicenda e dell'atteggiamento in essa tenuto dal magistrato, al fine di verificare se il comportamento sia idoneo, siccome dovuto "quantomeno" a inescusabile negligenza, a compromettere sia la considerazione di cui il singolo magistrato deve godere, sia il prestigio dell'ordine giudiziario (**Sez. U, n. 20819/2019, Scaldaferrì, Rv. 655034-01**; in senso conforme, già in precedenza, vedi Sez. U, n. 11069/2012, Vivaldi, Rv. 623234-01).

Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto integrato l'illecito di cui all'art. 2, lett. a) e g), del d.lgs. n.109 del 2006, valutando rilevanti e significative, nel loro complesso, le seguenti omissioni e trascuratezze poste in essere da un pubblico ministero assegnatario di un procedimento per omicidio a carico di ignoti: l'aver lasciato aperto il procedimento per circa venticinque anni senza la richiesta al giudice competente di alcuna proroga dopo la prima concessa dal G.I.P.; l'aver provveduto in modo carente alla gestione ed al controllo dei reperti acquisiti; il non aver dato riscontro per lungo tempo a reiterate istanze della Direzione centrale anticrimine della Polizia di Stato, nelle quali si manifestava la necessità di rivisitare la scena del crimine.

Riguardo ai termini di durata della custodia cautelare, con particolare riferimento alla fattispecie della ritardata scarcerazione, **Sez. U, n. 20182/2019, Carrato, Rv. 654877-01** ha ritenuto integrare l'illecito disciplinare sanzionato dall'art. 1, comma 1, e dall'art. 2, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 109 del 2006, il comportamento del P.M. che abbia disposto la rimessione in libertà di un indagato sottoposto a misura custodiale (anche se agli arresti domiciliari) con notevole ritardo (nel caso di specie, 65 giorni) rispetto alla scadenza dei termini di custodia cautelare relativi alla fase delle indagini preliminari, senza che possa assumere rilevanza, ai fini della scusabilità della condotta, l'erronea indicazione della scadenza del termine di fase nel sistema informatico dell'ufficio G.I.P.-G.U.P. del Tribunale nella cartella condivisa "Procura-Gip", successivamente riportata negli scadenziari informatico e cartaceo della Procura della Repubblica, posto che il P.M., titolare delle indagini, non può in alcun modo sottrarsi al dovere di controllare l'esatta scadenza del termine nonché, giornalmente, verificare la posizione dell'indagato in regime di custodia cautelare.

Grava, infatti, sul magistrato l'obbligo di vigilare con regolarità sulla persistenza delle condizioni, anche temporali, cui la legge subordina la privazione della libertà personale di chi è sottoposto ad indagini, sicché l'inosservanza dei termini di durata massima della custodia cautelare costituisce grave violazione di legge idonea a integrare gli illeciti disciplinari di cui all'art. 2, comma 1, lett. *a)* e *g)*, del d.lgs. n. 109 del 2006 (**Sez. U, n. 17120/2019, D'Antonio, Rv. 654414-01**). Tali illeciti non sono scriminati né dalla laboriosità o capacità del magistrato incolpato, né dalle sue gravose condizioni lavorative e neppure dall'eventuale strutturale disorganizzazione dell'ufficio di appartenenza, occorrendo, al riguardo, la presenza di gravissimi impedimenti all'assolvimento del dovere di garantire il diritto costituzionale alla libertà personale del soggetto sottoposto a custodia cautelare, senza che possa assumere rilievo, infine, la circostanza che quest'ultima venga a scadere in periodo feriale, circostanza dalla quale, al contrario, derivano al magistrato oneri di controllo persino maggiori, in funzione dell'esatta osservanza dei termini di scarcerazione.

Si conferma in tal modo l'indirizzo per il quale si deve attribuire a gravissima negligenza del magistrato ogni violazione del diritto di libertà non dovuta a cause eccezionali, ovvero già determinate per legge (in precedenza, Sez. U, n. 18191/2013, Forte, Rv. 627547-01 aveva escluso che tanto le circostanze relative alla capacità e laboriosità dimostrate dai magistrati incolpati nelle loro altre attività giudiziarie, quanto il fatto obiettivo dell'omessa trascrizione, nel registro generale, dello stato di detenzione della persona indagata potessero assumere rilievo come cause eccezionali, potenzialmente apprezzabili come esimenti della responsabilità disciplinare, potendo invece solo rilevare sul piano della commisurazione del trattamento sanzionatorio. Sez. U, n. 08896/2017, Bronzini, Rv. 643776-01, ha confermato la responsabilità di un G.I.P. in relazione al protrarsi, per oltre sette mesi, di un'illegittima detenzione carceraria, essendosi escluso che la mera enumerazione del numero dei provvedimenti adottati dal magistrato e un richiamo generico alle statistiche comparative fossero idonei a provare la sussistenza di una situazione di inesigibilità della condotta contestata).

Essendo doveroso il controllo sulla scadenza del termine di durata della custodia cautelare, non rileva, pertanto, ai fini dell'applicazione dell'esimente della "scarsa rilevanza del fatto", che l'imputato si trovasse agli arresti domiciliari, atteso che tale misura costituisce, comunque, una privazione della libertà personale equivalente alla custodia cautelare in carcere *ex art.* 284, comma 5, c.p.p. Parimenti, sono ritenute del tutto influenti sia la mancata richiesta di una riparazione per l'ingiusta detenzione da parte dell'imputato, sia la circostanza, di mero fatto, che l'episodio non abbia avuto alcuna risonanza pubblica attraverso i mezzi di comunicazione di massa (**Sez. U, n. 04887/2019, Cirillo F.M., Rv. 652858-01**).

Sull'attività di indagine, **Sez. U, n. 11586/2019, Mercolino, Rv. 653789-01** ha ritenuto poter integrare la fattispecie disciplinare di cui alla lett. g) dell'art. 2 d.lgs. n. 109 del 2006 l'inadempimento da parte del P.M. dell'obbligo di procedere all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, previsto dall'art. 335 c.p.p., che, tuttavia, si configura in presenza non già di un generico e personale sospetto, bensì dell'acquisizione di una notizia idonea, sotto il profilo oggettivo, a configurare un fatto come sussumibile in una determinata fattispecie di reato.

Nella specie, relativa alla condotta di un P.M. che, nella richiesta di concessione di misura cautelare, aveva trascritto alcune intercettazioni telefoniche nelle quali gli interlocutori indicavano il questore come colui che proteggeva uno degli indagati, senza contestualmente procedere all'iscrizione del questore medesimo nel registro delle notizie di reato, la S.C. ha cassato la sentenza del CSM, che aveva ritenuto integrato l'illecito disciplinare, rilevando che non era stato indicato in motivazione alcun elemento sintomatico di un'ipotesi di reato sufficientemente circostanziata, al di là delle generiche affermazioni risultanti dalle intercettazioni (in precedenza, **Sez. U, n. 22402/2018, Campanile, Rv. 650604-01** ha confermato la decisione del CSM che aveva ritenuto integrato l'illecito disciplinare commesso da sostituti procuratori i quali, a fronte della morte di una persona, sottoposta a controllo delle forze dell'ordine, avvenuta in ospedale la mattina successiva alla notte trascorsa in caserma, avevano trascurato la denuncia presentata dalla persona che vi era stata condotta insieme all'individuo poi deceduto, senza procedere ad alcuna determinazione in ordine all'esercizio dell'azione penale e persistito nell'omissione successivamente al deposito della sentenza che aveva disposto la trasmissione degli atti al P.M. per verificare quanto accaduto tra l'intervento degli agenti operanti e l'accesso all'ospedale, avendo provveduto all'adempimento solo un anno dopo la sentenza e per il solo reato di lesioni, allo scopo di consentire la citazione degli indagati alla "possibile udienza di opposizione" alla richiesta di archiviazione).

2.1.4. Il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni.

In tema di ritardo ultrannuale nel deposito di provvedimenti *ex art. 2, lett. g)*, del d.lgs. n. 109 del 2006 e scusabilità della condotta, è stato confermato l'indirizzo in tema di inesigibilità della condotta con riferimento al notevole carico di lavoro dal quale il magistrato risulti gravato (**Sez. U, n. 22572/2019, Scarano, Rv. 655038-01**; in precedenza, **Sez. U, n. 19449/2015, Chiarini, Rv. 638195-01**).

Il carico di lavoro è quindi idoneo ad assumere rilievo quale causa di giustificazione per il ritardo ultrannuale nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali ove – tenuto conto degli standard di operosità e laboriosità mediamente sostenuti dagli altri magistrati dell'ufficio, a parità di condizioni di lavoro

– vi sia una considerevole sproporzione, a suo danno, del carico su di esso incombente, sì da rendere inesigibile, per il magistrato incolpato, l'apprestamento di una diversa organizzazione, idonea a scongiurare quei gravi ritardi, fermo restando, in ogni caso, il suo onere di segnalare al capo dell'ufficio giudiziario la prolungata situazione di disagio lavorativo in cui venga a trovarsi per consentire al primo l'adozione di idonei rimedi, non essendo consentito all'interessato di effettuare autonomamente la scelta di assumere in decisione cause in eccesso rispetto alla possibilità di redigere tempestivamente le relative motivazioni.

Riguardo alla verifica della esigibilità di una condotta più tempestiva da parte dell'incolpato, è stato altresì sottolineato che la violazione del dovere di auto-organizzazione costituisce elemento centrale di tale verifica, sicché nella motivazione della sentenza il giudice disciplinare non può limitarsi ad affermare in modo apodittico che il ritardo non è giustificabile, ma deve rendere manifeste le ragioni per le quali una diversa organizzazione del lavoro sarebbe stata non solo possibile, ma anche idonea ad eliminare o ridurre i ritardi oggetto dell'incolpazione (**Sez. U, n. 25020/2019, Bisogni, Rv. 655500-01**).

Sulle misure adottate per lo smaltimento dei procedimenti o processi in cui siano maturati dei ritardi nel deposito dei relativi provvedimenti, **Sez. U, n. 14526/2019, Vincenti, Rv. 654034-02** è intervenuta sulla questione dell'inosservanza del cd. "piano di rientro", predisposto dal Presidente del tribunale ai sensi del punto 60.4 della circolare del CSM sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari. Secondo la S.C., la sostenibilità del piano di rientro, seppur concordato, è elemento indefettibile - stabilito dalla stessa fonte abilitante il potere organizzativo - del programma di riduzione dei ritardi e, quindi, misura del comportamento rilevante sul piano dell'illecito disciplinare. Pertanto, spetta alla Sezione disciplinare del CSM, in ragione della stessa configurazione della fattispecie di illecito disciplinare nella specie contestato, verificare l'esigibilità della condotta di riparazione richiesta al magistrato. Tale verifica non può essere pretermessa, né perché il piano di rientro è frutto di accordo con il magistrato interessato, né in quanto con esso si è fatta acquiescenza, in assenza di previa impugnazione in sede amministrativa o giurisdizionale.

Sul punto, è stato confermato che la durata ultrannuale dei ritardi nel deposito dei provvedimenti giurisdizionali non comporta l'ingiustificabilità assoluta della condotta dell'incolpato ma, trattandosi di inosservanza protrattasi ulteriormente e per un tempo considerevole rispetto alla soglia di illiceità considerata dal legislatore, essa è giustificabile solo in presenza di circostanze proporzionate all'ampiezza del ritardo (**Sez. U, n. 14526/2019, Vincenti, Rv. 654034-01**). La valutazione, che si impone al giudice disciplinare, di proporzionalità - ragionevolezza dell'efficacia giustificante delle circostanze addotte dall'incolpato, a fronte della comprovata

sussistenza della condotta materiale integrante la fattispecie dell'illecito, deve essere effettuata in concreto, ossia calata nello specifico contesto della realtà in cui le funzioni giurisdizionali vengono esercitate.

2.1.5. Gli illeciti disciplinari conseguenti a reato.

Riguardo l'illecito di cui all'art. 4, comma 1, lett. *a*), del d. lgs. n. 109 del 2006, concernente la condanna a una pena detentiva per delitto doloso o preterintenzionale per il quale la legge stabilisce la pena detentiva, **Sez. U, n. 13986/2019, Doronzo, Rv. 654031-01** ha ribadito che la fattispecie è integrata dalla sola ricorrenza di una condanna irrevocabile o di una sentenza *ex art. 444*, comma 2, c.p.p. per le ipotesi richiamate, senza necessità di ulteriori valutazioni da parte del giudice disciplinare, avendo il legislatore già operato un giudizio di gravità del fatto in quanto di per sé idoneo a ledere l'immagine e il prestigio del magistrato.

Nella specie, il magistrato era stato condannato dal tribunale, con sentenza confermata dalla Corte d'appello e divenuta irrevocabile a seguito della declaratoria di inammissibilità del ricorso per cassazione, alla pena di otto mesi di reclusione, con la concessione della sospensione condizionale della pena, per il delitto di cui al d.lgs. n. 41 del 2004, art. 181, comma 1-*bis*, lett. *b*), per aver modificato, senza la prescritta autorizzazione, l'originario assetto di luoghi sottoposti a vincolo paesaggistico, mediante la realizzazione di un manufatto per civile abitazione.

La Corte ha precisato che, a differenza della ipotesi prevista nell'art. 4, lett. *a*) – in cui il fatto rilevante in sede disciplinare è un reato per il quale non vi è stata una sentenza di condanna, perché il procedimento penale si è estinto per prescrizione o l'azione penale non poteva essere iniziata o proseguita –, le altre tre fattispecie previste dalla norma sono accomunate dal rilievo della sentenza penale di condanna o di “patteggiamento”, in linea con gli approdi della giurisprudenza di legittimità e della prevalente dottrina che ritengono legislativamente equiparabili, in forza dell'art. 445 c.p.p., le due categorie di sentenze. La fattispecie di cui alla lett. *a*), tuttavia, si differenzia dalle altre due perché mentre per queste ultime il legislatore ha espressamente previsto che il giudice disciplinare verifichi, caso per caso, la particolare gravità dei fatti, valutando le modalità e le conseguenze dell'azione quando con la sentenza di condanna (o *ex art. 444* c.p.p.) sia stata irrogata una pena detentiva per un delitto colposo, o le sole modalità di esecuzione quando vi sia stata condanna all'arresto per una contravvenzione, nel caso della lett. *a*) il legislatore non ha ribadito l'inciso “sempre che presentino (i fatti) (...) carattere di particolare gravità”, così mostrando di ritenere sufficiente a configurare l'illecito la sentenza di condanna (o *ex art. 444*, comma 2, c.p.p.) irrevocabile a pena detentiva per delitto doloso.

In relazione all'illecito di cui all'art. 4, lett. *d*), del d.lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 15897/2019, Sambito, Rv. 654324-01** ha escluso che le espressioni sconvenienti rivolte *in incertam personam*, rese in occasione di una trasmissione televisiva, integrino la fattispecie in oggetto, richiedendo quest'ultima che la condotta disciplinarmente rilevante costituisca reato. La S.C. ha infatti osservato che il reato di diffamazione è costituito dall'offesa alla reputazione di una persona determinata e non può essere, quindi, ravvisato nel caso in cui vengano pronunciate frasi offensive nei confronti di una o più persone appartenenti ad una categoria, anche limitata, se le persone, cui le frasi si riferiscono, non sono individuabili.

Nella specie, confermando la decisione impugnata, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la critica espressa dal magistrato incolpato, nei confronti dei magistrati amministrativi che gestiscono corsi di preparazione al concorso in magistratura, non fosse rivolta a soggetti specificamente indicati, né facilmente individuabili in riferimento a circostanze notorie, dovendosi escludere da tale ambito le informazioni che possano essere reperite tramite i motori di ricerca Internet, che non equivalgono alla generalizzata cognizione di fatti in relazione a soggetti di media cultura in un dato tempo e luogo, quali i destinatari – pubblico di non esperti giuristi – della trasmissione televisiva nel cui contesto la frase era stata pronunciata.

2.2. La condotta disciplinare irrilevante.

Sull'esimente della scarsa rilevanza del fatto di cui all'art. 3-*bis* del d.lgs. n. 109 del 2006, è stato confermato che tale previsione è applicabile, sia per il tenore letterale della disposizione che per la sua collocazione sistematica, a tutte le ipotesi previste negli artt. 2 e 3 del medesimo decreto, anche quando la gravità del comportamento è elemento costitutivo del fatto tipico, e perfino quando integri la commissione di un reato (**Sez. U, n. 22577/2019, Rubino, Rv. 655113-02**. In senso conforme, in precedenza, Sez. U, n. 06327/2012, Virgilio, Rv. 622237-01).

Ove si richieda l'applicazione di tale esimente, il giudice deve procedere ad una valutazione d'ufficio, sulla base dei fatti acquisiti al procedimento e prendendo in considerazione le caratteristiche e le circostanze oggettive della vicenda addebitata, anche riferibili al comportamento dell'incolpato, purché strettamente attinenti allo stesso, con giudizio globale diretto a riscontrare se l'immagine del magistrato sia stata effettivamente compromessa dall'illecito (sul rilievo del giudizio globale, con esclusione della critica atomistica dei singoli elementi di giudizio in sede di impugnazione della sentenza che abbia riconosciuto tale esimente, v. Sez. U, n. 06468/2015, Bandini, Rv. 634767-01).

Sempre in relazione al contenuto e all'ambito di applicazione dell'esimente, **Sez. U, n. 01416/2019, Carrato, Rv. 652232-03** ha precisato che a essa può farsi riferimento quando – una volta accertata, sul piano oggettivo e soggettivo, la specifica

violazione disciplinare contestata – si ritenga che, in una valutazione complessiva della vicenda ed alla luce anche di altri profili caratterizzanti la figura e il percorso professionale del magistrato, il fatto, inteso nella sua globalità – e non, quindi, con riferimento al solo specifico addebito –, non raggiunga quel livello di censurabilità tale da legittimare l'irrogazione di una sanzione disciplinare.

La S.C., nella specie, ha confermato l'assoluzione, per scarsa rilevanza del fatto, di un presidente del collegio del riesame che aveva sottoscritto un'ordinanza depositata il giorno prima dell'udienza fissata per la discussione, sul rilievo che, nonostante la grave violazione dell'obbligo di controllo dell'atto processuale, connesso con la funzione presidenziale, tuttavia l'ordinario affidamento nella verosimile correttezza del provvedimento come redatto dal giudice estensore, unitamente al carattere episodico della condotta, legittimava, anche alla luce di un percorso professionale immune da censure, il riconoscimento dell'esimente.

Nell'ipotesi in cui l'oggetto giuridico dell'illecito tipizzato si distingua dal bene tutelato dall' art. 3-*bis*, **Sez. U, n. 31058/2019, Vincenti, Rv. 656167-02**, ha evidenziato che l'accertamento della condotta disciplinarmente irrilevante, da identificarsi in quella che, riguardata *ex post* e in concreto, non comprometta l'immagine del magistrato, deve compiersi senza sovvertire il principio di tipizzazione degli illeciti disciplinari. Pertanto, come osservato dalla S.C., nell'ipotesi in cui il bene giuridico individuato specificamente dal legislatore in rapporto al singolo illecito disciplinare non coincida con quello protetto dal citato art. 3 *bis*, il giudizio di “scarsa rilevanza del fatto” dovrà anzitutto tenere conto della consistenza della lesione arrecata al bene giuridico “specifico” e, solo se l'offesa non sia apprezzabile in termini di gravità, occorrerà ulteriormente verificare se quello stesso fatto, che integra l'illecito tipizzato, abbia però determinato un'effettiva lesione dell'immagine pubblica del magistrato, risultando applicabile la detta esimente soltanto in caso di esito negativo di entrambe le verifiche.

Nella specie, relativa ad un giudizio disciplinare riguardante un sostituto procuratore incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti del procuratore della Repubblica ff., la S.C. ha cassato la sentenza della Sezione disciplinare, la quale aveva escluso l'applicabilità dell'esimente senza esprimere il necessario giudizio, da effettuarsi in concreto ed *ex post*, sulla “non scarsa rilevanza”, in primo luogo, della lesione del bene giuridico direttamente tutelato *ex art. 2, comma 1, lett. d)*, del d.lgs. n. 109 del 2006, consistente nel buon andamento dell'ufficio giudiziario e della sua unitarietà funzionale, e, in secondo luogo, di quella dell'immagine del magistrato, tutelata dall'art. 3-*bis* dello stesso decreto, rimanendo invece su un piano di non consentita astrattezza nel postulare soltanto una potenziale lesione dell'immagine dell'ufficio giudiziario.

In merito all'impugnazione dell'assoluzione con la formula di cui all'art. 3 *bis* del d.lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 01416/2019, Carrato, Rv. 652232-02** ha confermato l'interesse a impugnare la sentenza davanti alle Sezioni Unite della Corte di cassazione al fine di ottenere una pronuncia, totalmente liberatoria, di esclusione dell'addebito per insussistenza del fatto o perché il fatto non è a lui attribuibile, non essendo escluso qualsiasi effetto svantaggioso per il magistrato assolto (in senso conforme, Sez. U, n. 29914/2017, Virgilio, Rv. 646130-01)

2.3. La misura cautelare della sospensione cautelare facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio.

Sul piano delle misure cautelari è stato precisato che la sospensione cautelare facoltativa, prevista dall'art. 22 del d.lgs. n. 109 del 2006 per il caso del magistrato sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo punibile, anche in via alternativa, con pena detentiva, impone al giudice disciplinare di valutare la gravità dei fatti ascritti in sede penale, tenendo conto del titolo dei delitti e di tutte le circostanze del caso concreto ai fini del giudizio circa l'esistenza di una lesione del prestigio e della credibilità dell'incolpato tale da non essere compatibile con l'esercizio delle funzioni, mentre nessun rilievo assume la valutazione del pericolo di reiterazione delle contestate condotte illecite (**Sez. U, n. 04882/2019, Lombardo, Rv. 652855-01**).

La S.C., nella specie, ha cassato la decisione del giudice disciplinare che, pur avendo riconosciuto la gravità dei fatti addebitati a un G.I.P. cui era stato contestato il reato di rivelazione di segreto d'ufficio, aveva rigettato la richiesta di sospensione cautelare facoltativa dell'incolpato in ragione della ritenuta assenza del rischio di reiterazione delle condotte contestate, per essere stato il magistrato trasferito ad altro tribunale e allontanato, quindi, dal contesto ambientale nel quale quelle condotte erano maturate.

Con riferimento al rapporto con il trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale, a norma del r.d. 31 maggio 1946, n. 511, art. 2 modificato dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 26, **Sez. U, n. 29833/2019, Lamorgese, Rv.** ha precisato che tale misura amministrativa non osta alla successiva applicazione della sospensione cautelare facoltativa dalle funzioni e dallo stipendio, a condizione che il giudice disciplinare dia conto della perdurante attualità delle esigenze cautelari giustificative della predetta misura o, in alternativa, della idoneità della misura cautelare minore del trasferimento d'ufficio, ai sensi del d.lgs. n. 109 del 2006, art. 13 o art. 22, comma 1, tenuto conto del comportamento tenuto dal magistrato nell'esercizio delle funzioni nella nuova sede ove è stato trasferito in via amministrativa e comunque successivamente all'adozione della misura di cui al r.d. del 1946, art. 2.

Riguardo agli effetti dell'intervenuta sospensione del magistrato dall'esercizio delle funzioni, è stato precisato che essa non determina la cessazione dell'appartenenza all'ordine giudiziario, per cui non sussiste alcun difetto di "giurisdizione" in ordine all'accertamento della responsabilità disciplinare del magistrato (**Sez. U, n. 03888/2019, Scrima, Rv. 652497-01**). Nella specie, l'incolpazione riguardava l'illecito di cui all'art. 1 in relazione al d.lgs. n. 109 del 2006, art. 4, lett. *d*) per avere gravemente mancato ai doveri di magistrato – il cui *status* permane anche in periodo di sospensione delle funzioni – e in particolare a quelli di correttezza, imparzialità ed equilibrio in un contesto territoriale corrispondente a quello dove aveva svolto le funzioni giurisdizionali ponendo in essere comportamenti, anche in violazione dei precetti penali, idonei a ledere la sua immagine mediante ripetuti episodi di aggressione verbale e minaccia a pubblico ufficiale in danno di agenti della Polizia di Stato e Carabinieri che, nell'esercizio delle loro funzioni, si erano recati presso la sua abitazione, ove era astretto agli arresti domiciliari.

Nella vigenza delle norme anteriori al d.lgs. n. 109 del 2006, **Sez. U, n. 18264/2019, Tria, Rv. 654625-01** ha evidenziato che la cessazione dal servizio per collocamento a riposo del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare non determina la caducazione del provvedimento cautelare di sospensione "di diritto" dalle funzioni e dallo stipendio emesso in pendenza di giudizio penale, ai sensi dell'art. 31, comma 1, r.d.lgs. n. 511 del 1946 (vigente *ratione temporis*), né di quello di sospensione cd. "provvisoria" emanato dopo la revoca dell'ordinanza di custodia cautelare in carcere *ex* art. 30 del medesimo regio decreto, qualora l'incolpato non li abbia impugnati, né determina il venir meno dell'interesse dell'amministrazione alla prosecuzione del giudizio disciplinare, atteso che gli effetti prodotti dal provvedimento di sospensione cautelare di natura provvisoria non possono "cristallizzarsi" in conseguenza della cessazione dal servizio avvenuta nel corso del procedimento penale, tenuto altresì conto del principio di buon andamento dell'amministrazione della giustizia, in virtù del quale persiste l'interesse a una pronuncia sul merito in considerazione non solo dell'elevato onere finanziario cui sarebbe esposta la stessa amministrazione in caso di una pronuncia di improcedibilità che comporterebbe la ricostruzione economica e giuridica della carriera del magistrato incolpato, ma anche dell'interesse a tutelare l'immagine ed il prestigio della magistratura.

In precedenza, Sez. U, n. 25971/2016, Petitti, Rv. 641856-02, con riferimento alle disposizioni vigenti, aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 23 del d.lgs. n. 109 del 2006, ove interpretato in senso diverso da quello che il collocamento a riposo del magistrato determina, come effetto automatico, l'estinzione del procedimento disciplinare e la cessazione della

misura cautelare della sospensione dallo stipendio e dalle funzioni, atteso che, pur essendo venuta meno l'appartenenza del magistrato all'ordine giudiziario, restano in discussione questioni che, ai fini della loro soluzione, postulano un definitivo accertamento della legittimità, o meno, della misura medesima. Nella specie, la Sezione disciplinare del CSM, pronunciando sulla istanza di dichiarazione di estinzione del procedimento disciplinare pendente a suo carico per effetto dell'intervenuta cessazione dell'appartenenza all'ordine giudiziario per raggiunti limiti di età, aveva disposto con ordinanza la sospensione del procedimento fino alla definizione del processo penale a suo carico per i medesimi fatti oggetto del procedimento disciplinare.

2.4. Il procedimento disciplinare.

Diverse sono le pronunce che hanno affrontato questioni di carattere processuale.

Sulla mancata previsione dell'incompatibilità dei componenti della Sezione disciplinare del CSM che abbiano deliberato sugli stessi fatti in sede amministrativa, è stato escluso qualunque profilo d'illegittimità costituzionale – ai sensi degli artt. 117 Cost. e 6 CEDU – poiché, venendo in rilievo una situazione suscettibile di essere apprezzata come causa di ricusazione, l'interessato ha il potere di ricorrere a tale strumento, compatibile con il procedimento disciplinare, come chiarito dalla giurisprudenza della stessa Sezione disciplinare del CSM (**Sez. U, n. 15385/2019, Di Virgilio, Rv. 654109-01**).

In precedenza, Sez. U, n. 27172/2006, Luccioli, Rv. 593738-01, aveva evidenziato che la natura giurisdizionale e non amministrativa della Sezione disciplinare del CSM e la sua composizione secondo criteri fissati direttamente dalla legge escludono la sussistenza di ragioni di incompatibilità, e quindi di astensione, nell'ipotesi in cui siano chiamati a farne parte componenti che abbiano già espresso il loro parere sui medesimi fatti oggetto dell'incollazione nell'esercizio dell'attività amministrativa dell'organo di autogoverno.

Sempre in relazione ai profili di dedotta illegittimità del procedimento disciplinare, **Sez. U, n. 16984/2019, Lombardo, Rv. 654371-03** è intervenuta in merito alla previsione normativa di un unico grado di merito. Le Sezioni Unite hanno ritenuto manifestamente infondata la questione concernente la violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU – che garantisce a ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale il diritto a far esaminare la dichiarazione di colpevolezza da una giurisdizione superiore – sollevata in relazione alla mancata previsione di un doppio grado di giurisdizione di merito, atteso che trattasi di disposizione specificamente dettata per la “materia penale” e non estensibile alla materia disciplinare, e che la garanzia del ricorso per cassazione, assicurata dall'art. 111 Cost.,

soddisfa comunque la garanzia del riesame – sia pure limitatamente alle questioni di diritto – della sentenza di condanna (in precedenza, Sez. U, n. 22610/2014, Di Palma, Rv. 633019-01, in relazione all'esistenza di un unico grado di merito, aveva escluso ogni giudizio di incongruenza o aporia del sistema, evidenziando che il principio del doppio grado di giurisdizione di merito non è costituzionalmente sancito, con conseguente manifesta infondatezza della relativa eccezione di illegittimità costituzionale).

In relazione alla fase di chiusura delle indagini, **Sez. U, n. 22577/2019, Rubino, Rv. 655113-01** ha confermato che il preventivo interrogatorio dell'incolpato da parte della Procura Generale non costituisce presupposto di validità della richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale, trattandosi di adempimento non previsto dal d.lgs. n. 109 del 2006, la cui autonoma, completa e specifica disciplina della chiusura delle indagini disciplinari preclude l'applicazione dell'art. 415-*bis* c.p.p. (in senso conforme, Sez. U, n. 11964/2011, Tirelli, Rv. 617636-01)

Sez. U, n. 19228/2019, Garri, Rv. 654682-01 è invece intervenuta sul termine ultimo entro il quale possono essere contestati fatti nuovi *ex* art. 14, comma 5, d.lgs. n. 109 del 2006. Secondo l'apprezzamento compiuto, tale termine è segnato dalla formulazione delle richieste conclusive del Procuratore Generale, che determina la chiusura delle indagini, e la mancata comunicazione all'incolpato, ai sensi dell'art. 15, comma 5, stesso decreto legislativo comporta, quale unica conseguenza, la nullità, soggetta a sanatoria, degli atti di indagine non preceduti da detta comunicazione, non già la nullità dell'intero procedimento e della sentenza. In precedenza, sulla stessa linea interpretativa, Sez. U, n. 07309/2014, Piccininni, Rv. 629859-01 aveva ritenuto che la tardiva contestazione di un addebito non comporta di per sé la nullità degli atti di indagine e la conseguente estinzione del giudizio, nel senso che l'irregolarità risulta sanata ove non eccepita nel termine di dieci giorni previsto dall'art. 15, comma 5, del d.lgs. 23 febbraio 2006 n. 109.

In tema di diritto di difesa, in ordine alla partecipazione al giudizio, **Sez. U, n. 16984/2019, Lombardo, Rv. 654371-05** ha precisato che la mancata traduzione in udienza dell'imputato detenuto e regolarmente citato determina la nullità assoluta e insanabile del giudizio e della relativa sentenza solo nell'ipotesi in cui il detenuto abbia formulato espressa richiesta di comparire all'udienza. Nella specie, la censura è stata rigettata poiché il ricorrente non aveva dedotto di aver avanzato richiesta, a seguito della citazione per il giudizio disciplinare, di comparire in udienza.

La pronuncia ha inoltre ritenuto manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 17 del d.lgs. n. 109 del 2006, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 Cost. e 6 CEDU, sollevata in relazione alla mancanza di una esplicita previsione del diritto dell'incolpato detenuto di partecipare all'udienza disciplinare, atteso che, in virtù del rinvio alle norme del codice di procedura penale sul

dibattimento, in quanto compatibili, disposto dall'art. 18 del d.lgs. n. 109 del 2006, devono ritenersi applicabili anche al procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati le garanzie che assicurano agli imputati detenuti la possibilità di partecipare al dibattimento (**Sez. U, n. 16984/2019, Lombardo, Rv. 654371-04** che ha richiamato gli art. 484, comma 2-*bis*, in relazione agli artt. 420-*bis*, 420-*ter*, 420-*quater* e 420-*quinquies* c.p.p., nonché art. 22 disp. att. c.p.p. Sull'estensibilità della disciplina del processo penale al procedimento disciplinare, v. Sez. U, n. 01771/2013, Segreto, Rv. 624898-01, secondo cui i richiami al codice di procedura penale contenuti negli articoli 16, comma 2, per l'attività di indagine e 18, comma 4, per la discussione dibattimentale, del d.lgs. n. 109 del 2006 vanno interpretati restrittivamente e solo in quanto compatibili, dovendo per il resto ritenersi applicabile la disciplina dettata dal codice di procedura civile, restando, così, inutilizzabili le norme del codice di procedura penale afferenti la fase anteriore all'apertura del dibattimento).

Sul termine per l'impugnazione delle sentenze della Sezione disciplinare del CSM, è stato chiarito che la comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza, prevista dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 109 del 2006, si perfeziona nei confronti del Ministro della giustizia, ai fini del decorso del termine per proporre ricorso per cassazione, con la ricezione della comunicazione da parte del Gabinetto del Ministro. Si tratta di una conseguenza del sistema delineato dall'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, per cui nella fase introduttiva trovano applicazione le norme processuali penali mentre quelle civili si applicano per la fase del giudizio (**Sez. U, n. 10935/2019, Cirillo F.M., Rv. 653601-02**).

La stessa pronuncia ha precisato che nel caso in cui il termine per impugnare decorra dal giorno in cui è stata eseguita la notificazione o la comunicazione dell'avviso di deposito, se queste ultime sono avvenute in date diverse nei confronti di ciascuno degli aventi diritto all'impugnazione, non trova applicazione l'art. 585, comma 3, c.p.p., per cui il Ministro della giustizia non può giovare, ai fini della tempestività del ricorso, della comunicazione della sentenza al Procuratore generale della Corte di cassazione avvenuta in una data successiva a quella presso il Gabinetto del Ministro medesimo (**Sez. U, n. 10935/2019, Cirillo F.M., Rv. 653601-01**).

Riguardo al sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle decisioni della Sezione disciplinare del CSM, è stato chiarito che esso deve limitarsi al controllo della congruità, adeguatezza e logicità della motivazione, restando preclusa la rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione impugnata e l'autonoma adozione di nuovi e diversi parametri di ricostruzione e valutazione dei fatti indicati dal ricorrente come maggiormente plausibili o dotati di una migliore capacità esplicativa rispetto a quelli adottati dal giudice del merito, perché è estraneo al sindacato di legittimità il controllo sulla correttezza della motivazione in rapporto ai dati processuali, pur dopo la modifica dell'art. 606, comma 1, lett. *e*), c.p.p. introdotta

dalla l. n. 46 del 2006 (**Sez. U, n. 07691/2019, Crucitti, Rv. 653310-01** che ha confermato la sentenza disciplinare che, in sede di giudizio di rinvio, aveva respinto l'istanza di revoca o modifica della misura cautelare del trasferimento d'ufficio per assenza di elementi di novità del fatto sul quale tale richiesta si fondava, costituito da una sentenza penale di assoluzione per condotte che il giudice disciplinare aveva ritenuto, con motivazione congrua, logica e sufficiente, di portata più ristretta rispetto a quelle oggetto di incolpazione disciplinare).

Sugli effetti della cessazione del rapporto di servizio sopravvenuta nelle more del giudizio di cassazione, e quindi prima del passaggio in giudicato della sentenza disciplinare di condanna, **Sez. U, n. 16980/2019, Scrima, Rv. 654369-01** ha ritenuto che tale cessazione determina la declaratoria di cessazione della materia del contendere, ma non anche la cassazione senza rinvio della sentenza ai sensi dell'art. 382, comma 3, c.p.c. in quanto tale formula si riferisce alla constatazione della impossibilità di proseguire il processo prima della pronuncia impugnata, così risolvendosi in un vizio di essa (in senso difforme, in precedenza, v. Sez. U, n. 24304/2010, D'Alonzo, Rv. 614732-01 secondo cui la cessazione dell'appartenenza del magistrato all'ordine giudiziario intervenuta nelle more della definizione del ricorso per cassazione, oltre a comportare la cessazione della materia del contendere, per il venir meno dell'interesse alla definizione del processo in capo all'incolpato, determina la caducazione della sentenza stessa che diviene giuridicamente inesistente, per la carenza di potere disciplinare in capo al CSM, con la conseguenza che detta sentenza va cassata senza rinvio, ricorrendo un'ipotesi di carenza di potere, riconducibile alla previsione dell'art. 382, comma 3, ultima parte, c.p.c.).

In tema di ricusazione, è stato precisato che l'incompatibilità che, ai sensi degli artt. 51, n. 4, e 52 c.p.c., giustifica l'accoglimento dell'istanza di ricusazione per avere il giudice conosciuto del merito della causa in un altro grado dello stesso processo, non è ravvisabile ove alcuni componenti del collegio delle Sezioni Unite, investito del ricorso contro la pronuncia del CSM di inammissibilità della domanda di revocazione dell'ordinanza di inammissibilità della richiesta di revisione di un procedimento disciplinare, abbiano già deciso in precedenza sull'impugnazione avverso quest'ultima ordinanza (**Sez. U, n. 26022/2019, Tria, Rv. 655587-01**). Secondo l'apprezzamento compiuto dalla S.C., si tratta di serie processuali autonome per presupposti, ambito di cognizione ed effetti impugnatori, sicché non viene in rilievo "un altro grado dello stesso processo".

2.5. Rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale.

Riguardo ai rapporti tra il giudizio disciplinare e quello penale, è stato ribadito che la pendenza di quest'ultimo, pur relativo agli stessi fatti, non determina la necessaria sospensione del procedimento disciplinare in attesa della definizione del

giudizio penale, giacché, nelle due ipotesi, i criteri di accertamento della responsabilità sono diversi in ragione della diversità del bene tutelato, che è da ravvisare nelle fattispecie di reato contestate al magistrato l'interesse alla buona amministrazione e, invece, con riferimento alla procedura disciplinare la tutela del prestigio del magistrato e dell'ordine giudiziario (**Sez. U, n. 06962/2019, D'Antonio, Rv. 652983-01** ha così ritenuto legittimo il rigetto, da parte del giudice disciplinare, dell'istanza di sospensione presentata da un magistrato che, per la mancata astensione in un procedimento civile che coinvolgeva un prossimo congiunto, era stato incolpato in ambito disciplinare *ex art. 2, comma 1, lett. c)*, del d. lgs. n. 109 del 2006 e, in ambito penale, per abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.)*).

In ordine alle conseguenze della condanna in sede penale, sul piano delle sanzioni, **Sez. U, n. 16984/2019, Lombardo, Rv. 654371-02** ha ribadito che l'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 109 del 2006 prevede tre distinte ipotesi, alternative tra di loro, nelle quali la rimozione del magistrato è obbligatoria, trattandosi di ipotesi connotate da speciale gravità rispetto alla generalità degli altri illeciti disciplinari: 1) la condanna per l'illecito disciplinare di cui al d.lgs. n. 109 del 2006, art. 3, comma 1, lett. e), la cui condotta consiste nell'aver ottenuto, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili, dai difensori di costoro, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti; 2) la condanna penale che abbia importato la irrogazione della pena accessoria della interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici, pena accessoria, la cui esecuzione risulta evidentemente incompatibile con l'esercizio delle funzioni giudiziarie per tutto il tempo in cui essa opera; 3) la condanna penale a pena detentiva per delitto non colposo non inferiore a un anno la cui esecuzione non sia stata sospesa, sin dall'inizio ovvero a seguito di revoca della sospensione già concessa. Nella specie, la S.C., nel confermare la pronuncia della Sezione disciplinare, ha ritenuto che sussistessero due delle tre ipotesi previste dall'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 109 del 2006, avendo il magistrato riportato condanna penale alla pena di anni otto di reclusione, nonché l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

In precedenza, Sez. U, n. 23677/2014, Bernabai, Rv. 632896-01 aveva precisato che la rimozione disciplinare del magistrato non è ammessa solo nei casi previsti dall'art. 12, comma 5, del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, nei quali essa è obbligatoria, ma ogni qual volta l'illecito abbia compromesso irrimediabilmente i valori connessi alla funzione giudiziaria e al prestigio personale del magistrato, anche in relazione allo *strepitus fori*; l'adeguatezza della sanzione della rimozione rientra nell'apprezzamento di merito della Sezione disciplinare del CSM, insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua, immune da vizi logico-giuridici.

Riguardo alla sanzione della rimozione, con la sentenza n. 197 del 12 novembre del 2018, la Corte costituzionale aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 109 del 2006, art. 12, comma 5, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. sotto il profilo del difetto di ragionevolezza, della disparità di trattamento e della proporzionalità della sanzione. In tale occasione, il giudice delle leggi ha osservato come vada ripudiata la tesi della natura cumulativa dei presupposti previsti dal d.lgs. n. 109 del 2006, art. 12, comma 5, ai fini della rimozione, perché *«conduce all'illogica conseguenza che, a far scattare la sanzione della rimozione obbligatoria - prevista, nell'intero impianto del d.lgs. n. 109 del 2006, soltanto dalla disposizione qui censurata - non sarebbe sufficiente che il magistrato incorra in una condanna penale che ne comporti l'interdizione dai pubblici uffici, ovvero in una condanna a pena detentiva non condizionalmente sospesa, occorrendo altresì che i fatti per i quali il magistrato sia stato penalmente condannato integrino anche l'illecito disciplinare di cui al d.lgs. n. 109 del 2006, art. 3, comma 1, lett. e). Conseguenza, questa, anch'essa palesemente assurda, posto che impedirebbe di ravvisare un'ipotesi di rimozione obbligatoria - ad esempio - nel caso in cui il magistrato venisse condannato per reati gravissimi, come l'omicidio volontario o la violenza sessuale, le cui rispettive fattispecie astratte tuttavia nulla hanno a che fare con quella dell'illecito disciplinare di cui è discusso»*.

Sulla mancata previsione, nell'art. 20 d.lgs. n. 109 del 2006, della sospensione obbligatoria del giudizio disciplinare a seguito di proposizione della richiesta di revisione della condanna penale definitiva, la medesima pronuncia (**Sez. U, n. 16984/2019, Lombardo, Rv. 654371-01**) ha escluso che essa si ponga in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto alla sospensione prevista per la pendenza del processo penale, data la diversità di situazione che si determina dopo la formazione del giudicato penale, né configura una violazione dell'art. 24 Cost. sotto il profilo della violazione del diritto di difesa, il cui pieno esercizio è assicurato dalla possibilità di richiedere in ogni tempo la revisione della condanna disciplinare (art. 25 del d.lgs. n. 109 del 2006), tantomeno si profila una violazione del principio della "ragionevole durata del processo" di cui all'art. 111 Cost.

3. La responsabilità disciplinare degli avvocati.

Riguardo alla responsabilità disciplinare degli avvocati, vanno richiamate le pronunce delle Sezioni Unite su alcune fattispecie di illecito, nonché su taluni profili

procedurali, con particolare riferimento alla natura dei giudizi disciplinari innanzi al Consiglio nazionale forense.

3.1. Gli illeciti disciplinari.

Sulle fattispecie di illecito, **Sez. U, n. 05200/2019, Giusti, Rv. 652862-01** ha ritenuto che l'avvocato che si appropri dell'importo dell'assegno emesso a favore del proprio assistito dalla controparte soccombente in un giudizio civile, omettendo di informare il cliente dell'esito del processo che lo aveva visto vittorioso e di restituirgli le somme di sua pertinenza, pone in essere una condotta connotata dalla continuità della violazione deontologica, destinata a protrarsi fino alla messa a disposizione del cliente delle somme di sua spettanza, sicché, ove tale comportamento persista fino alla decisione del Consiglio dell'ordine, non decorre la prescrizione di cui all'art. 51 del r.d.l. n. 1578 del 1933.

In precedenza, in senso conforme alla mancata decorrenza della prescrizione, in ragione del protrarsi della condotta, si era espressa Sez. U, n. 13379/2016, Iacobellis, Rv. 640324-01 riguardo alle somme riscosse per conto del cliente, ritenendo che contravviene all'art. 44, ultimo comma, del codice deontologico forense vigente *ratione temporis* l'avvocato che prometta al proprio assistito la consegna delle somme riscosse per suo conto senza provvedervi immediatamente.

Sui doveri di informazione e di comunicazione dell'avvocato nei confronti della persona già assistita, è stato chiarito che tali doveri persistono sia nell'ipotesi di rinuncia sia di revoca del mandato, anche se il codice deontologico della professione forense disciplina solo la prima fattispecie, atteso che la revoca del mandato, al pari della rinuncia, costituisce una soluzione di continuità nell'assistenza tecnica e, pertanto, deve ritenersi fonte dei medesimi obblighi necessari al fine di non pregiudicare la difesa dell'assistito (**Sez. U, n. 02755/2019, Oricchio, Rv. 652570-01**). È stata così confermata la sanzione dell'ammonimento irrogata dal CNF a un avvocato che aveva ommesso di comunicare al cliente la propria rinuncia al mandato e il rinvio di udienza, precludendogli una più opportuna difesa a mezzo di memoria istruttoria con eventuale nuovo difensore.

Sul rilievo delle previsioni del codice deontologico forense, è stato ribadito che le stesse hanno natura di fonte meramente integrativa dei precetti normativi e possono ispirarsi legittimamente a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività (**Sez. U, n. 08313/2019, Perrino, Rv. 653285-01**). Ne consegue che, al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa all'interno del procedimento disciplinare che venga intrapreso a carico di un iscritto al relativo albo forense è necessario che all'incolpato venga contestato il comportamento ascritto come integrante la violazione deontologica e non già il *nomen juris* o la rubrica della ritenuta infrazione, essendo libero il giudice disciplinare di individuare l'esatta configurazione

della violazione tanto in clausole generali, quanto in diverse norme deontologiche o anche di ravvisare un fatto disciplinarmente rilevante in condotte atipiche non previste da dette norme (in senso conforme, Sez. U, n. 15852/2009, Macioce, Rv. 608805-01)

3.2. Il procedimento disciplinare.

Riguardo alla natura dei giudizi disciplinari innanzi al Consiglio nazionale forense, avendo gli stessi natura giurisdizionale, in quanto si svolgono dinanzi ad un giudice speciale istituito dall'art. 21 del d.lgs. lt. n. 382 del 1944 (tuttora operante, giusta la previsione della VI disposizione transitoria della Costituzione), è stato specificato che la spettanza al Consiglio – in attesa della costituzione, al suo interno, di un'apposita Sezione disciplinare *ex art.* 61, comma 1, della l. n. 247 del 2012 – di funzioni amministrative accanto a quelle propriamente giurisdizionali, non ne menoma l'indipendenza quale organo giudicante, atteso che non è la mera coesistenza delle due funzioni a incidere sull'autonomia ed imparzialità di quest'ultimo né, tantomeno, sulla natura giurisdizionale dei suoi poteri, quanto, piuttosto, il fatto che quelle amministrative siano affidate all'organo giurisdizionale in una posizione gerarchicamente subordinata, essendo in tale ipotesi immanente il rischio che il potere dell'organo superiore indirettamente si estenda anche alle funzioni giurisdizionali (**Sez. U, n. 02084/2019, Doronzo, Rv. 652246-01**).

Sugli elementi da valutare per la concreta determinazione della specie ed entità della sanzione, **Sez. U, n. 11933/2019, De Stefano, Rv. 653930-01** ha precisato che essi non attengono all'*an* o al *quomodo* della condotta, ma solamente alla valutazione della sua gravità e devono, in sostanza, reputarsi quali meri parametri di riferimento a questo solo scopo, in quanto tali analoghi a quelli previsti dall'art. 133 e dall'art. 133-*bis* c.p. Non integrando circostanze aggravanti in senso tecnico della fattispecie dell'illecito – vale a dire elementi accidentali, non indispensabili ai fini della sussistenza, della fattispecie sanzionatrice –, tali elementi sono di norma sottratti all'onere, per il titolare del potere sanzionatorio, di previa e specifica contestazione. Secondo l'apprezzamento compiuto, nel procedimento disciplinare non si ha diritto a una contestazione articolata in una minuta, completa e particolareggiata esposizione delle modalità dei fatti che integrano l'illecito, tanto che l'indagine volta ad accertare la correlazione tra addebito contestato e decisione disciplinare non va fatta alla stregua di un confronto meramente formale, ma deve dare piuttosto rilievo all'*iter* del procedimento ed alla possibilità per l'incolpato di conoscere l'addebito e di discolparsi.

4. La responsabilità disciplinare dei notai.

In materia di responsabilità disciplinare dei notai, si segnalano alcune pronunce rese sulle fattispecie di illecito e in tema di procedimento, con particolare riguardo alla determinazione della sanzione e alla partecipazione al giudizio del Consiglio notarile cui appartiene il notaio incolpato.

4.1. Gli illeciti disciplinari.

Sul piano sostanziale, **Sez. 2, n. 07016/2019, Scalisi, Rv. 653286-01** ha ritenuto che l'utilizzo di procacciatori di clienti da parte del notaio costituisce illecito disciplinare ai sensi dell'art. 147, comma 1, lett. c), della legge notarile anche in seguito alla modifica introdotta con la l. n. 124 del 2017, che nella sua stesura definitiva e attualmente in vigore stabilisce. *«(...) è punito con la censura o con la sospensione fino ad un anno o, nei casi più gravi, con la destituzione, il notaio che pone in essere una delle seguenti condotte: a) compromette, in qualunque modo, con la propria condotta, nella vita pubblica o privata, la sua dignità e reputazione o il decoro e prestigio della classe notarile; b) viola in modo non occasionale le norme deontologiche elaborate dal Consiglio nazionale del notariato; c) si serve dell'opera di procacciatori di clienti o di pubblicità non conforme ai principi stabiliti dall'art. 4 del regolamento di cui al D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137»*. L'art. 147 alla lett. c), pertanto, sanziona esplicitamente la condotta del notaio consistente nell'utilizzo di procacciatori di clienti ritenendola, sostanzialmente, lesiva della dignità e della reputazione del notaio, nonché del decoro e del prestigio della classe notarile, e, comunque, contraria al dovere di imparzialità del notaio.

La S.C. ha comunque evidenziato che l'illecito disciplinare è soggetto alle norme vigenti al tempo della sua commissione, restando irrilevante la loro successiva abrogazione o modificazione in senso favorevole all'incolpato. È stata così confermata la decisione della corte d'appello che aveva sanzionato il notaio per avere appaltato a una società, nella vigenza della normativa precedente alla modifica del 2017, un servizio stabile di procacciamento di clientela inclusivo dello svolgimento di attività di studio delle questioni giuridiche connesse alla redazione degli atti pubblici da stipulare, le cui bozze venivano dalla stessa predisposte.

Sul divieto di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, **Sez. 2, n. 21828/2019, Criscuolo, Rv. 654910-02** ha confermato che tale divieto, imposto dall'art. 28, comma 1, n. 1, della l. n. 89 del 1913 e sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma 2, della medesima legge, è violato nel momento stesso della redazione della clausola nulla inserita in un atto rogato dal professionista, in quanto la redazione della clausola segna il momento di consumazione istantanea dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante o estintiva della punibilità eventuali rimedi predisposti dal legislatore (quale, nella specie, la possibile

stipula di un atto di conferma) per conservare l'atto ai fini privatistici (in senso conforme, in precedenza, Sez. 3, n. 21493/2005, Segreto, Rv. 585040-01 che aveva escluso la rilevanza della sostituzione di diritto della clausola nulla con norma imperativa).

La stessa pronuncia ha ritenuto che la dichiarazione di conformità dell'immobile ai dati catastali *ex* art. 29, comma 1-*bis*, della l. n. 52 del 1985, non può essere surrogata dalla mera dichiarazione di conformità delle planimetrie, sicché il notaio che redige l'atto senza inserire la dichiarazione di conformità catastale incorre in una nullità *ex* art. 28 della l. notarile (**Sez. 2, n. 21828/2019, Criscuolo, Rv. 654910-03**).

In ordine alla legittimità di una procura generale a donare, è stato escluso che l'art. 60 della l. n. 218 del 1995, che contiene le norme di diritto internazionale privato, abbia introdotto, in via generale, la possibilità di conferire una tale procura, superando il disposto dell'art. 778 c.c., per il solo fatto che in alcuni Stati europei essa sia ritenuta pienamente valida, atteso che l'art. 60 diviene operativo esclusivamente qualora, dall'esame dell'atto, si evinca che quest'ultimo sia destinato a produrre effetti (anche) all'estero (**Sez. 2, n. 06016/2019, Scalisi, Rv. 653025-01**). Le norme di diritto internazionale privato di cui alla l. n. 218 del 1995, infatti, pongono i criteri per l'individuazione del diritto applicabile a fatti o a rapporti che presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano. Nel caso di specie, la S.C. ha confermato il rigetto dell'impugnazione proposta contro la sanzione disciplinare, per violazione dell'art. 28 della l. n. 89 del 1913, comminata a un notaio che aveva rogato una procura generale a donare, espressamente vietata dalla legge italiana, senza che dall'atto emergessero elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento.

4.2. Il procedimento disciplinare.

Sulla determinazione qualitativa e quantitativa della sanzione, è stato confermato che essa rientra tra i poteri discrezionali dell'organo preposto a irrogarla, nel rispetto dei limiti minimi e massimi edittali, perché non sono previsti parametri valutativi predeterminati, sicché ogni sanzione, in considerazione della natura punitiva che le è propria, deve essere commisurata alla gravità del fatto, alle circostanze dello stesso e alla personalità dell'autore, alla stregua di quanto stabilito, per gli illeciti penali, dall'art. 133 c.p. e, per quelli amministrativi, dall'art. 11 della l. n. 689 del 1981 (**Sez. 2, n. 06016/2019, Scalisi, Rv. 653025-02**; in senso conforme, Sez. 6-3, n. 05914/2011, Segreto, Rv. 617370-01).

Riguardo alle specificità del procedimento disciplinare, come regolato a seguito della novella del d.lgs. n. 249 del 2006, **Sez. 2, n. 21828/2019, Criscuolo, Rv. 654910-01** ha precisato che il Consiglio notarile cui appartiene il notaio incolpato è parte necessaria nella fase giurisdizionale soltanto nell'ipotesi in cui il Presidente di

detto Consiglio abbia promosso l'azione disciplinare oppure sia intervenuto nella fase procedimentale svolta innanzi la Commissione amministrativa regionale di disciplina.

CAPITOLO XXXII

ELEZIONI E GIUDIZI ELETTORALI

(DI ROBERTO MUCCI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I diritti di elettorato. A) Elettorato passivo. – 2.1. (*segue*) B) Elettorato attivo. – 3. Operazioni elettorali. – 4. Il contenzioso elettorale.

1. Premessa.

Anche per il 2019 le non numerose pronunce intervenute nella materia elettorale confermano pregressi orientamenti, ancora una volta in necessaria coerenza con i principi costituzionali e sovranazionali.

2. I diritti di elettorato. A) Elettorato passivo.

In tema di incandidabilità alle elezioni degli amministratori di enti locali nelle ipotesi di infiltrazione o condizionamento mafioso, **Sez. 1, n. 03024/2019, Genovese, Rv. 652423-02**, afferma, in primo luogo, la natura prevalente dello scioglimento del consiglio dell'ente locale ai sensi dell'art. 143 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*«Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»*), disposto per il verificarsi dei detti condizionamenti, rispetto allo scioglimento per sopravvenuta impossibilità di funzionamento di cui all'art. 141 dello stesso T.U.E.L.; la pronuncia ne trae che – proprio per l'assoluta rilevanza degli interessi in gioco e per il carattere urgente dei provvedimenti che conseguono solo all'accertamento della violazione colpita dall'art. 143 – che l'eventuale scioglimento disposto per sopravvenuta impossibilità di funzionamento dell'ente territoriale *ex art. 141* non impedisce quello disposto per infiltrazione mafiosa ai sensi dell'altra e più grave previsione.

In generale, sulla compatibilità della misura *ex art. 143*, comma 11, T.U.E.L. con le prescrizioni sovranazionali di derivazione convenzionale e con il quadro costituzionale delle garanzie dei diritti di elettorato mette conto rinviare a Sez. 1, n. 15038/2018, Mercolino, Rv. 649124-01, e a Sez. U, n. 01747/2015, Giusti, Rv. 634129-01 e 634130-01 (pronunce delle quali si è dato conto nella *Rassegna* 2018), che puntualizzano la peculiare sistematica di tale causa di incandidabilità non quale misura sanzionatoria, secondo i principi elaborati dalla Corte EDU, bensì interdittiva di carattere preventivo, *«i cui presupposti di applicazione sono ben individuati e prevedibili, disposta all'esito di un procedimento che si svolge nel pieno contraddittorio delle parti, che tutela l'interesse costituzionalmente protetto al ripristino delle condizioni di legalità ed imparzialità nell'esercizio delle funzioni pubbliche, incidendo sul diritto fondamentale all'elettorato passivo solo in modo spazialmente e temporalmente limitato, all'esclusivo fine di ristabilire il*

rapporto di fiducia tra i cittadini e le istituzioni, indispensabile per il corretto funzionamento dei compiti demandati all'ente».

2.1. (segue) B) Elettorato attivo.

Sulla cancellazione dalle liste elettorali conseguente a condanna penale passata in giudicato, **Sez. 1, n. 02479/2019, Tricomi, Rv. 652621-01**, ribadendo il *dictum* di Sez. 1, n. 00788/2006, Salvago, Rv. 588432-01, afferma che tale provvedimento è legato alla gravità del reato e, conformemente all'art. 3 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione EDU, come interpretato dalla fondamentale sentenza della Grande Camera, 22 maggio 2011, *Scoppola c. Italia*, 3, non ha carattere generale e automatico e non è applicata in modo indiscriminato. Al riguardo, non rileva la distanza temporale tra la commissione del fatto-reato e il momento dell'irrogazione della pena, poiché questa scatta, nell'interesse del condannato, al momento della sua definitività sia in relazione alle pene principali che a quelle accessorie, né la mancata considerazione della non ricorrenza della pericolosità sociale, giacché l'estinzione delle pene accessorie è conseguibile mediante la riabilitazione, concedibile in presenza dei differenti requisiti di cui all'art. 179 c.p.

Giova rammentare che la problematica in questione era stata affrontata anche da Sez. 1, n. 20952/2018, Di Marzio M., Rv. 650227-01 (pronuncia di cui si è dato conto nella precedente *Rassegna* 2018), la quale, decidendo una fattispecie di interdizione perpetua dai pubblici uffici conseguente a una condanna penale, con cancellazione del condannato dalle liste elettorali, e conformandosi a Sez. 1, n. 25896/2008, Salvago, Rv. 605293-01, ha affermato che detta sanzione accessoria non si estingue a seguito dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, giusta il disposto dell'art. 47, comma 12, della l. 26 luglio 1975, n. 354 (*«Ordinamento penitenziario»*), non senza rammentare, appunto, che la perdita del diritto di voto prevista dall'ordinamento italiano in caso di condanna penale è stata giudicata conforme alla CEDU dalla citata sentenza della Grande Camera.

3. Operazioni elettorali.

In tema di operazioni elettorali per le elezioni politiche generali, può segnalarsi **Sez. 1, n. 28262/2019, Scalia, Rv. 655563-01**, secondo cui, conformemente a Sez. 2, n. 08443/2008, Piccialli, Rv. 602413-01, la diffida *ex art.* 15, comma 8, della l. 10 dicembre 1993, n. 515 (*«Disciplina delle campagne elettorali per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica»*), con la quale il collegio regionale di garanzia elettorale invita il candidato che l'abbia omessa a presentare la dichiarazione concernente le spese sostenute e le obbligazioni assunte per la propaganda elettorale, assolve alla duplice funzione di offrire al trasgressore la possibilità di

sanare l'illecito e di avvertirlo della pendenza del procedimento sanzionatorio, sicché è superfluo l'invio di un'ulteriore diffida prima dell'irrogazione della sanzione amministrativa, essendo l'interessato già a conoscenza della natura dell'addebito e della pendenza della procedura.

Inoltre, l'interessante **Sez. 3, n. 02348/2019, Porreca, Rv. 652479-01**, sviluppa l'insegnamento di Sez. U, n. 03731/2013, Rordorf, Rv. 625210-01, affermando che il definitivo accertamento, in sede di autodichia parlamentare, dell'irregolarità delle operazioni elettorali svolte dagli uffici elettorali circoscrizionali costituisce uno dei fatti costitutivi della domanda risarcitoria proposta dal candidato dinanzi al giudice civile, il quale, nell'ipotesi in cui la verifica da parte della Giunta delle elezioni si sia conclusa senza un tale accertamento, non può compierlo in via incidentale, trattandosi di prerogativa riservata dalla Costituzione in via esclusiva a ciascuna Camera.

Infine, **Sez. 2, n. 20707/2019, Fortunato, Rv. 654983-01**, afferma che i manifesti politici affissi all'infuori del periodo elettorale non sono assoggettati alla disciplina fissata dalla l. 4 aprile 1956, n. 212 (*«Norme per la disciplina della propaganda elettorale»*), volta a garantire la correttezza della competizione tra i candidati, la quale sanziona le condotte illecite (affissione fuori dagli spazi individuati ed assegnati dal Comune o affissione senza titolo in detti spazi) che si collocano in tale periodo, presupponendo la predisposizione da parte dell'amministrazione di quanto necessario alla pubblicità elettorale da parte dei gruppi o dei candidati; fuori dal periodo elettorale trova, viceversa, applicazione il d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507 (*«Revisione ed armonizzazione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche dei comuni e delle province nonché della tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani a norma dell'art. 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, concernente il riordino della finanza territoriale»*), posto a protezione degli interessi finanziari del Comune e a tutela dell'ambiente e del decoro urbano del territorio amministrato, il cui art. 18 dispone che il servizio delle pubbliche affissioni è inteso a garantire la collocazione, a cura del Comune, in appositi impianti a ciò destinati, di manifesti di qualunque materiale costituiti, contenenti comunicazioni aventi finalità istituzionali, sociali o comunque prive di rilevanza economica (per un recente e specifico *pendant* giurisprudenziale nella materia propriamente tributaria, si v. Sez. 5, n. 12312/2018, Zoso, Rv. 648661-01).

4. Il contenzioso elettorale.

Sez. 1, n. 03024/2019, Genovese, Rv. 652423-01, afferma – anche sulla scorta di Sez. 1, n. 15038/2018, Mercolino, Rv. 649124-02, che ha escluso la sussistenza di una pregiudizialità in senso tecnico-giuridico tra il giudizio amministrativo di impugnazione del decreto di scioglimento del consiglio comunale o provinciale e il

procedimento per la dichiarazione di incandidabilità *ex* art. 143, comma 11, T.U.E.L. cit. – che la verifica giudiziale in ordine all'accertamento amministrativo sull'incandidabilità degli amministratori degli enti locali attiene alle condotte che hanno dato causa allo scioglimento dell'organo consiliare, non alla valutazione di legittimità del d.P.R. di scioglimento, poiché tale valutazione esula dal *thema decidendum*, costituito dalla verifica della responsabilità degli amministratori dell'ente locale con riferimento alle condotte omissive o commissive che hanno dato causa o siano state concausa dello scioglimento dell'organo consiliare, rispetto al quale il d.P.R. costituisce un mero presupposto dell'indagine commessa al tribunale.

Ancora in tema di incandidabilità degli amministratori che con le loro condotte abbiano causato lo scioglimento dei consigli provinciali o comunali per infiltrazioni di stampo mafioso, **Sez. 1, n. 10780/2019, Marulli, Rv. 653905-01**, afferma – ricollegandosi all'insegnamento di Sez. 1, n. 00516/2017, Salvago, Rv. 643250-01 – che la speciale modalità di introduzione del giudizio prevista dall'art. 143, comma 11, T.U.E.L. mediante l'atto di trasmissione ministeriale rappresenta una deroga alle regole comuni; tale atto di impulso non è perciò tenuto a soddisfare i requisiti ordinari, in particolare le previsioni dell'art. 125 c.p.c., e non risulta nullo qualora ometta di indicare nominativamente gli amministratori coinvolti nella procedura, o comunque non provveda a menzionare esplicitamente le specifiche condotte attribuite agli amministratori rivelatrici della permeabilità dell'amministrazione locale alle influenze mafiose.



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

PRINCIPÎ DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
(coordinato da Paola D'Ovidio)

VOLUME III

Anno 2019

INDICE

VOLUME TERZO

PRINCIPI DI DIRITTO PROCESSUALE

PARTE INTRODUTTIVA

I) L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

(DI GIOVANNI ARMONE)

1. Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea e le sue ricadute nell'ordinamento interno. 939
2. L'effettività nel diritto processuale. 942
3. Effettività e rimedi. 945
4. Il rilievo officioso delle nullità: nodi problematici. 948

II) LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.

(DI MARLA ELENA MELE)

1. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c. 951
2. La formazione del giudicato rispetto alle pronunce implicite. Il caso della giurisdizione e della legittimazione ad agire. 955
3. L'effetto espansivo interno del giudicato (art. 336 c.p.c.). 958
4. Impugnazioni e preclusioni. 960

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE IN GENERALE E IL REGOLAMENTO PREVENTIVO DI GIURISDIZIONE

(DI ANGELO NAPOLITANO)

1. Premessa: la questione di giurisdizione. 965
2. La questione di giurisdizione e le preclusioni processuali al suo rilievo: l'orientamento precedente alle Sez. U. n. 24883/2008. 969
3. Il regolamento preventivo di giurisdizione. 971
4. Il regolamento di giurisdizione e la *translatio iudicii*. 976

CAPITOLO II

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

(DI STEFANIA BILLI)

1. Brevi premesse. 981
2. Le sovvenzioni, i finanziamenti ed i canoni. 982
3. Le sanzioni amministrative. 984
4. Gli appalti. 985
5. Le vicende legate al patrimonio immobiliare. 987
6. Le procedure ad evidenza pubblica ed i servizi in regime di concessione. 991
7. L'attività sanitaria. 992
8. Gli organi di autodichia e le autorità indipendenti. 994
9. Gli enti. 995
10. Le domande risarcitorie. 996

11. Le attività di servizi telematici.....	997

CAPITOLO III

LA GIURISDIZIONE DELLE ACQUE PUBBLICHE

(DI STEFANIA BILLI)

1. Profili sostanziali e processuali.	999

CAPITOLO IV

LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI

(DI DARIO CAVALLARI)

1. Premessa.....	1003
2. L'azione di responsabilità.	1003
3. Il giudizio di conto.....	1007
4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico.....	1008
5. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.	1009
6. Ulteriori profili processuali.....	1012

CAPITOLO V

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO

(DI STEFANIA BILLI)

1. Premesse generali e clausole di deroga e di proroga della giurisdizione.	1015
2. Azioni contrattuali e contratti.	1021
3. Lavoro.	1024
4. Diritti reali.....	1025
5. Divisioni ereditarie.....	1025
6. Delibazione sentenze straniere.	1026
7. Illeciti civili.....	1026
8. Controversie fiscali.	1027

CAPITOLO VI

LA COMPETENZA

(DI MARIA ELENA MELE)

1. La competenza per materia.	1029
1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace.	1029
1.2. La competenza del Tribunale per i minorenni.	1030
1.3. Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa.	1031
1.4. Le controversie di competenza delle sezioni agrarie.	1032
1.5. Le controversie di competenza della Corte d'appello.	1032
2. La competenza per valore.	1033
3. Competenza per territorio.	1033
3.1. Il foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione.....	1034
3.2. Il foro delle cause ereditarie e di divisione.	1035
3.3. Il foro per i giudizi di responsabilità civile dei magistrati.	1035
3.4. Convenzione di deroga della competenza per territorio.....	1037
4. La competenza funzionale.....	1037
5. Eccezione di incompetenza.....	1039
6. Rilievo d'ufficio dell'incompetenza.....	1041
7. Il regolamento di competenza.	1042
7.1. Il procedimento.	1046

CAPITOLO VII

LE DISPOSIZIONI GENERALI

(DI LAURA MANCINI)

1. Il giudice. Astensione e ricazione.	1049
2. Ausiliari.	1051
2.1. Il diritto al compenso.	1052
2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari.	1054
3. Litispendenza e continenza.	1056
4. Le parti e i difensori.	1059
5. Successione nel processo e successione nel diritto controverso.	1066
6. L'interesse ad agire.	1069
7. La legittimazione ad agire.	1074
8. I termini.	1076
9. Comunicazioni e notificazioni.	1081
9.1. Nullità della notificazione.	1090

CAPITOLO VIII

LE SPESE E LA RESPONSABILITA' PROCESSUALE AGGRAVATA

(DI DONATELLA SALARI)

1. La condanna alle spese.	1095
1.1. Il principio di soccombenza.	1096
1.2. Liquidazione delle spese.	1098
2. Compensazione delle spese.	1100
3. Distrazione delle spese.	1101
4. Responsabilità processuale cd. aggravata.	1102

CAPITOLO IX

IL PROCESSO LITISCONSORTILE

(DI GIUSEPPE NICASTRO)

1. Premessa.	1105
2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: casistica.	1106
2.1. Diritti reali.	1106
2.2. Diritto di brevetto.	1109
2.3. Comunione legale tra coniugi.	1110
2.4. Lavoro e previdenza.	1110
2.5. Persone, famiglia e successioni.	1112
2.6. Contratti.	1113
2.7. In particolare, assicurazioni contro i danni.	1114
2.8. Azione revocatoria.	1115
2.9. Espropriazione forzata e opposizioni all'esecuzione.	1115
2.10. Procedure concorsuali.	1117
2.11. Successione nel processo.	1117
3. Integrazione del contraddittorio e regime degli atti processuali compiuti prima di essa.	1117
4. Svolgimento del processo litisconsortile.	1118
5. Litisconsorzio necessario in fase di gravame.	1118
5.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione.	1124
6. Conseguenze del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame.	1124
7. Bilanciamento tra l'esigenza di rilevare in sede di impugnazione il difetto di integrità del contraddittorio e quella di garantire la ragionevole durata del processo.	1125
8. Litisconsorzio facoltativo.	1125

CAPITOLO X

LE PROVE

(DI ANDREA PENTA)

1. Il principio di non contestazione.	1129
2. La consulenza tecnica d'ufficio.	1130
3. Richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione.	1133
4. Le prove costituenti e precostituite.	1133
5. Il disconoscimento di scritture private.	1133
5.1. La tempistica del disconoscimento.	1134
5.2. Il disconoscimento delle copie fotostatiche.	1135
5.3. L'ambito applicativo.	1136
5.4. Il procedimento di verifica.	1137
6. La querela di falso.	1137
6.1. Il giudizio di querela.	1138
6.2. La valenza fidefacente dell'atto pubblico.	1139
6.3. La prova della falsità.	1140
7. La confessione.	1141
8. Il giuramento.	1141
9. La prova testimoniale.	1142
9.1. L'assunzione della prova testimoniale.	1142
9.2. I limiti oggettivi.	1143
9.3. La prova per testi nel processo tributario.	1143
10. L'incapacità a testimoniare.	1144
10.1. La casistica.	1145
10.2. Il giudizio civile di rinvio ex art. 622 c.p.p.	1145

CAPITOLO XI

IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

(DI ANDREA PENTA)

1. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria.	1147
2. Il difetto di rappresentanza o di autorizzazione.	1148
3. La mutatio e la emendatio libelli.	1150
4. Gli incombenti posti a carico delle parti a pena di decadenza.	1155
5. La comparizione e la costituzione delle parti.	1156
6. La rimessione in termini.	1157
7. La rilevazione d'ufficio delle nullità.	1158
8. La mancata riproposizione delle eccezioni e delle istanze istruttorie.	1159
9. Gli interventi, la riunione e la separazione delle cause.	1161
10. La fase decisoria.	1162
11. La correzione dei provvedimenti giudiziali.	1165
12. La tutela del contumace.	1169
13. La sospensione del processo.	1170
14. L'interruzione del processo.	1172
15. La riassunzione del processo interrotto.	1173
16. L'estinzione del processo.	1177

CAPITOLO XII

LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

(DI GIOVANNI FANTICINI)

1. Profili generali.	1181
2. La soccombenza.	1181
2.1. (Segue) La soccombenza e il raddoppio del contributo unificato.	1183

3. I termini di impugnazione: a) il termine cd. breve.....	1184
3.1. (Segue) Termine breve e sopravvenienze.....	1190
3.2. (Segue) b) il termine cd. lungo.	1191
3.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione.....	1193
4. Le impugnazioni incidentali.	1196
5. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione.	1199
6. Il contumace involontario.	1201
7. Effetti dell'accoglimento dell'impugnazione.	1202

CAPITOLO XIII

L'APPELLO

(DI GIOVANNI FANTICINI)

1. Caratteri generali del processo d'appello.....	1205
2. I provvedimenti appellabili.....	1207
3. Forme e termini dell'impugnazione.	1209
4. L'oggetto dell'impugnazione.....	1216
5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione <i>ex</i> art. 346 c.p.c.....	1216
6. Le parti e il contraddittorio.	1218
7. I <i>nova</i> in appello.....	1220
7.1. (Segue) Nuovi documenti in appello.....	1223

CAPITOLO XIV

IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

(DI SALVATORE SAIJA)

1. Il nuovo giudizio di cassazione. Evoluzione applicativa.	1225
2. Il procedimento.....	1230
a) La notificazione del ricorso (o del controricorso) e il successivo deposito.....	1231
b) L'onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità <i>ex</i> art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c.	1234
c) L'interesse ad impugnare.	1237
d) La legittimazione attiva.....	1237
e) L'impugnazione incidentale.	1238
f) I requisiti di forma e contenuto del ricorso (e del controricorso).....	1239
g) I vizi denunciabili.	1247
h) Ulteriori questioni procedurali.	1253
4. Il giudizio di rinvio.	1263

CAPITOLO XV

IL RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE E L'ENUNCIAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIRITTO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE

(DI ELEONORA REGGIANI E RAFFAELE ROSSI)

1. Premessa.....	1269
2. I motivi di ricorso straordinario per cassazione e i termini di proposizione.....	1270
3. Le decisioni escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost.	1270
4. I requisiti dei provvedimenti impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione.	1271
5. Le ordinanze sul reclamo in materia cautelare.	1272
6. Le statuizioni sulla richiesta di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. ..	1273
7. I provvedimenti nel procedimento di accertamento tecnico preventivo obbligatorio <i>ex</i> art. 445 <i>bis</i> c.p.c.....	1273
8. Le statuizioni nel processo sommario di cognizione.	1275
9. Il rigetto dell'istanza di correzione di errori materiali.	1276

10. La sanzione pecuniaria <i>ex art.</i> 283, comma 2, c.p.c.....	1277
11. L'ordinanza che concede o nega l'esecuzione provvisoria al decreto ingiuntivo opposto.	1278
12. I provvedimenti del giudice tutelare.	1278
13. Alcuni provvedimenti in materia di adozione.	1280
14. Particolari statuizioni in tema di protezione internazionale.	1281
15. Il decreto sul reclamo in ordine alla revoca dell'amministratore di condominio e altri provvedimenti non impugnabili.	1282
16. I provvedimenti del giudice dell'esecuzione.	1283
17. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere.	1284
18. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge.	1287
19. La richiesta del Procuratore Generale.	1288
20. Il potere officioso della Corte.	1289

CAPITOLO XVI

GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE

(DI VALERIA PIRARI).

1. Premessa.....	1291
2. Revocazione.....	1291
2.1. Falsità delle prove.	1291
2.2. Errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa.	1292
2.3. Contrasto tra sentenze.....	1294
3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione.....	1295
4. Questioni procedurali.	1296
5. Opposizione di terzo.....	1299

CAPITOLO XVII

IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE

(DI GIOVANNI ARMONE)

1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro e previdenziali.	1303
1.1. Giurisdizione e vicende del rapporto d'impiego pubblico privatizzato.....	1303
1.2. Il discrimine del 30 giugno 1998.....	1306
1.3. Pubblico impiego privatizzato e giurisdizione contabile.....	1307
1.4. La giurisdizione nei rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico.	1309
1.5. Rapporti di lavoro e giurisdizione del giudice straniero.....	1309
2. La competenza.	1311
3. Il giudizio di primo grado.....	1313
3.1. I poteri officiosi del giudice.....	1315
3.2. La sentenza.....	1316
4. L'appello.....	1316
5. Il cd. rito Fornero.	1317
6. Il processo previdenziale.	1320
7. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio <i>ex art.</i> 445-bis c.p.c.....	1321

CAPITOLO XVIII

IL PROCESSO DI ESECUZIONE

(DI RAFFAELE ROSSI)

1. Titolo esecutivo.....	1325
1.1. (<i>segue</i>) Spedizione in forma esecutiva e notifica del titolo.....	1328
2. Precetto.	1329
3. Espropriazione mobiliare.	1330
4. Espropriazione presso terzi: oggetto e crediti pignorabili.....	1331
4.1. (<i>segue</i>) Terzo pignorato: obblighi, dichiarazione, accertamento.	1333

5. Espropriazione immobiliare: documentazione “ <i>ipocatastale</i> ”.....	1335
5.1. (<i>segue</i>) Vendita forzata.....	1337
5.2. (<i>segue</i>) Effetti del pignoramento e vicende anomale dell’espropriazione immobiliare.....	1340
6. Espropriazione di beni indivisi: giudizio di divisione.....	1341
7. Espropriazione contro il terzo proprietario.....	1342
8. Esecuzioni in forma specifica.....	1343
9. Spese nell’espropriazione forzata.....	1344
10. Opposizione all’esecuzione preventiva.....	1345
10.1. (<i>segue</i>) La sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo.....	1347
11. Opposizione all’esecuzione successiva.....	1349
12. Opposizione agli atti esecutivi.....	1351
13. Opposizione di terzo all’esecuzione.....	1352

CAPITOLO XIX

I PROCEDIMENTI SPECIALI

(DI ANDREA PENTA)

1. Il procedimento d’ingiunzione: la competenza.....	1355
2. La prova scritta.....	1356
3. Notificazione ed inefficacia del d.i.....	1356
4. Il giudizio di opposizione a d.i.....	1357
5. L’opposizione tardiva a d.i.....	1361
6. L’esecutorietà del d.i.....	1362
7. Il procedimento per convalida di sfratto.....	1363
8. La tutela cautelare.....	1363
9. Il reclamo contro i provvedimenti cautelari.....	1364
10. Il sequestro giudiziario.....	1365
11. Il sequestro liberatorio.....	1366
12. La consulenza tecnica preventiva.....	1366
13. I provvedimenti d’urgenza.....	1367
14. I procedimenti possessori.....	1367
15. Il processo sommario di cognizione.....	1369
16. La separazione dei coniugi.....	1373
17. La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi.....	1374
18. I procedimenti in camera di consiglio.....	1375
19. Lo scioglimento di comunioni.....	1376

CAPITOLO XX

L’ARBITRATO

(DI FABIO ANTEZZA)

1. Premessa.....	1379
2. Convenzione d’arbitrato: interpretazione (estensiva), operatività (anche circa controversie antecedenti), <i>potestas iudicandi</i> e suoi limiti.....	1379
3. La natura rituale o irrituale dell’arbitrato nell’interpretazione della convenzione.....	1383
4. Arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale.....	1384
5. Arbitrato ed appalto di opere pubbliche: la preventiva autorizzazione amministrativa quale clausola di efficacia; arbitrato c.d. amministrato di lavori pubblici e disciplina transitoria.....	1387
6. L’“arbitrato societario”: recesso del socio ed arbitrato rituale, di diritto comune o endosocietario.....	1389
7. L’impugnazione delle deliberazioni di riduzione e di aumento del capitale sociale.....	1389
8. La clausola arbitrale e la scissione societaria.....	1392
9. Composizione del collegio arbitrale: nomina dell’arbitro da giudice territorialmente incompetente.....	1393
10. Il compenso degli arbitri.....	1394
11. Procedimento e principio del contraddittorio.....	1395

12. Nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia: dall'arresto delle Sez. U del 2016 a quello delle Sez. U del 2019 sul " <i>prospective overruling</i> ".	1397
13. La nullità per errori di diritto nell'arbitrato societario: disciplina transitoria e controversie compromettibili ma non inerenti la validità di deliberazioni assembleari.....	1399
14. Natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale e disciplina del giudizio impugnatorio: l'applicabilità di istituti e regole del processo ordinario di cognizione in appello.	1400
15. L'impugnazione del lodo arbitrale rituale ed il termine breve di cui all'art. 828 c.p.c.....	1402
16. L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale: limiti, notificazione e termine breve.....	1404
17. Rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria: eccezione di compromesso e regolamento di competenza; eccezione d'incompetenza; ammissibilità del conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal G.A.	1405
18. L'arbitrato internazionale e l'accertamento della sua natura ante novella del 2006.	1409

VOLUME TERZO
PRINCIPI DI DIRITTO PROCESSUALE
(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE INTRODUTTIVA

I) L'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

(DI GIOVANNI ARMONE)

SOMMARIO: 1. Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea e le sue ricadute nell'ordinamento interno. - 2. L'effettività nel diritto processuale. - 3. Effettività e rimedi. - 4. Il rilievo officioso delle nullità: nodi problematici.

1. Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea e le sue ricadute nell'ordinamento interno.

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale costituisce l'ideale cerniera tra diritto sostanziale e diritto processuale, permettendo al primo di esplicitare tutte le sue potenzialità e al secondo di mantenere le sue prerogative di strumento per giungere a una decisione giusta, pur nel rispetto delle garanzie difensive fondamentali.

Nel sistema italiano, il principio di effettività ha formato oggetto di ampie elaborazioni dottrinali¹ e trova anche alcuni addentellati normativi (si vedano l'art. 1 c.p.a., dove si afferma solennemente che *“la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”*, nonché le disposizioni menzionate nel capitolo corrispondente della Rassegna 2018), ma la sua affermazione si deve soprattutto, anche in questo campo, alla prepotente spinta del diritto sovranazionale.

In particolare, il diritto dell'Unione europea vede il principio di effettività anzitutto come funzionale a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione nel singolo ambito di intervento.

In tal senso può essere letto l'art. 19, par. 1, comma 2, T.U.E., dove si prevede che *“gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”*. È

¹ Senza pretese di esaustività v. Vettori, Effettività delle tutele (diritto civile), in Enc. dir., Annali X, 2017; Pagni, La giurisdizione tra effettività ed efficienza, in Dir. proc. amm., 2016, 401 e, più indietro, Trocker, Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2007, 35 ss.. Da ultimo, v. i contributi raccolti in Grisi (a cura di), Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano, Napoli, 2019.

dunque alla luce del principio in esame che devono essere lette le norme d'implementazione dei complessi normativi europei, con la conseguente necessità, in caso di difformità da essi della disciplina nazionale, di utilizzare i noti strumenti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione.

L'approvazione della Carta di Nizza e la sua successiva parificazione ai trattati hanno determinato l'ulteriore effetto di far assurgere l'effettività a diritto fondamentale, se è vero che l'art. 47 C.D.F.U.E. stabilisce: *“ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo”*.

Come riconosce una dottrina pur critica verso un suo uso troppo disinvolto, nel dibattito tradizionale sul principio di effettività ci si muove *“pur sempre in una prospettiva che guarda all'ordinamento nel suo complesso e non ai diritti dell'individuo. La novità delle discussioni sull'effettività giuridica, negli anni recenti, è che queste hanno invece visto spostarsi l'attenzione sempre più sui diritti individuali e sull'effettività della loro tutela”*².

Su queste basi normative si innesta poi la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha specificato la portata del principio in molteplici direzioni, fissando alcuni corollari applicativi che riguardano non soltanto i rimedi concretamente attivabili dai singoli, ma che addirittura si riflettono sugli assetti ordinamentali degli Stati membri e giungono a sindacarne le scelte istituzionali.

Secondo la Corte di Lussemburgo, il principio di effettività è infatti coesistente alla sopravvivenza dello Stato di diritto, così che anche gli interventi normativi sulle norme concernenti lo *status* e l'indipendenza dei magistrati possono realizzarne una violazione, riflettendosi sull'adeguatezza del controllo giurisdizionale.

Dopo la celebre Corte giust. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, in cui la Corte di giustizia si è occupata della legittimità della riduzione degli stipendi dei magistrati contabili portoghesi, anche il 2019 è stato caratterizzato da altri importanti interventi lungo la medesima direttrice.

Ci si riferisce anzitutto a **Corte giust. 7 febbraio 2019, C-49/18, Escrivano Vindel**, in cui, pur negandosi che nella specie (si tratta della legislazione spagnola) ci fosse una compromissione del principio di effettività, è stata confermata la linea interpretativa aperta nel 2018 a proposito dello *status* degli organi giudiziari: “ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto «giurisdizione», nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva ... tra gli elementi da prendere in considerazione nella

² Libertini, Le nuove declinazioni del principio di effettività, in Grisi (a cura di), Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 24.

valutazione della qualità di «giurisdizione» figurano il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente ... la nozione di indipendenza presuppone, in particolare, che l'organo interessato eserciti le sue funzioni giurisdizionali in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, e che esso sia quindi tutelato da interventi o pressioni dall'esterno idonei a compromettere l'indipendenza di giudizio dei suoi membri e ad influenzare le loro decisioni. Orbene, al pari dell'inalterabilità dei membri dell'organo di cui trattasi, il fatto che questi ultimi percepiscano una retribuzione di livello adeguato all'importanza delle funzioni che esercitano costituisce una garanzia inerente all'indipendenza dei giudici”.

Ancor più penetranti, perché sfociate in forti censure delle legislazioni nazionali, sono poi due pronunce che hanno riguardato le recenti riforme del sistema giudiziario della Repubblica di Polonia.

Sulla scia di un precedente del 2018 in materia di mandato d'arresto (Corte giust. 25 luglio 2018, causa C 216/18 PPU, LM), la Corte di giustizia ha stigmatizzato due aspetti decisivi di tali riforme: **Corte giust. 24 giugno 2019, causa C-619/18, Commissione europea c. Repubblica di Polonia** ha ritenuto in contrasto con il principio di effettività consacrato nell'art. 19 TUE e nell'art. 47 CDFUE, la riforma legislativa consistente nell'abbassare l'età per il pensionamento dei giudici della Corte suprema polacca e nell'attribuire al presidente della Repubblica il potere discrezionale di prorogare la funzione giudiziaria attiva dei giudici di tale organo giurisdizionale oltre l'età per il pensionamento; **Corte giust. 19 novembre 2019, causa C-585/18, A.K. c. Krajowa Rada Sądownictwa**, ha ravvisato un contrasto con il principio di effettività nelle disposizioni nazionali polacche che riservano le controversie relative all'applicazione del diritto dell'Unione a un organo che non costituisce un giudice indipendente.

Questo preambolo dovrebbe rendere chiaro il ruolo di assoluta preminenza ormai assunto dal principio di effettività nel panorama del diritto eurounitario.

Se passiamo ad esaminarne i riflessi sull'ordinamento interno attraverso un'analisi della giurisprudenza di legittimità, ci troviamo dinanzi a una realtà disomogenea.

Il principio di effettività è sovente richiamato nelle decisioni in materia processuale, anche grazie all'esistenza di norme costituzionali come gli art. 24 e 113 Cost., che radicavano l'effettività anche prima che questa terminologia entrasse nell'uso.

Nelle sentenze che si occupano dei rimedi di diritto sostanziale, la sua applicazione è invece più stentata.

Trapela in queste difficoltà la diffidenza che una parte autorevole della dottrina continua a manifestare verso l'evoluzione del principio di effettività.

Da un lato, il principio di effettività della tutela giurisdizionale rischia di divenire un luogo comune, un concetto generico e ridondante di cui non sono chiare le coordinate e che spesso potrebbe essere sostituito da altri principi meno enfatici, ma più pregnanti³.

Ma la critica più penetrante è quella secondo cui *“il principio di effettività, affermato nella fase primordiale alla quale ci siamo riferiti come garanzia di tutela processuale dei diritti, si è stravolto nell'idea che non già la tutela come modalità di attuazione di un diritto o di una situazione soggettiva deve essere effettiva, ma addirittura viene atteggiata e configurata dal giudice in funzione dell'effettività del soddisfacimento del bisogno”*⁴.

Le pagine che seguono intendono verificare lo stato dell'arte, aggiornato al 2019, sulla crescita di consapevolezza nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla portata del principio in esame.

2. L'effettività nel diritto processuale.

Nell'ambito del diritto processuale, la giurisprudenza della S.C. ha continuato, nel corso del 2019, a utilizzare il principio di effettività come presidio contro interpretazioni formalistiche, vuoi delle norme, vuoi degli atti processuali, soprattutto in quei settori dove il modello processuale presenta deviazioni più o meno accentuate dallo schema del codice di rito.

Esemplare in tal senso è **Sez. U, n. 11219/2019, Crucitti, Rv. 653602-01**, con cui si è affermato, in tema di impugnazione di un atto nella materia delle acque pubbliche, che l'errata indicazione nel provvedimento impugnato del termine e dell'autorità cui è possibile ricorrere, richiesta dall'art. 3, comma 4, della l. n. 241 del 1990, è idonea ad ingenerare un errore scusabile che dà diritto alla rimessione in termini, ai sensi dell'art. 37 del c.p.a., richiamato per il processo dinanzi al TSAP dall'art. 208 del r.d. n. 1775 del 1933.

L'obiezione secondo cui l'istituto della *translatio iudicii* avrebbe precluso una simile soluzione è stata respinta dalla Corte sul presupposto che, in un sistema di tutela complesso, caratterizzato da una pluralità di giurisdizioni, da normative procedurali differenziate, nonché dall'esistenza di brevi termini di decadenza per talune e non per altre, sussiste l'esigenza di dare massima effettività al diritto di difesa, in attuazione degli artt. 24 e 113 Cost.

³ È questa la critica che muove Libertini, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., 26.

⁴ Castronovo, *Spigolature da “Processo e tecniche di attuazione dei diritti”*, in Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 711.

Sulla stessa linea si pongono poi, ancorché in fattispecie meno particolari: **Sez. 5, n. 04370/2019, Pacilli, Rv. 652595-01**, secondo la quale il ricorso per cassazione non è improcedibile ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c., per omesso deposito da parte del ricorrente della sentenza impugnata, ove quest'ultima risulti comunque nella disponibilità del giudice in quanto prodotta dalla parte resistente, atteso che una differente soluzione, di carattere formalistico, determinerebbe un ingiustificato diniego di accesso al giudizio di impugnazione in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale; **Sez. 5, n. 01787/2019, Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Rv. 652321-01**, in cui si è affermato che il giudice, a fronte di atti processuali che scontino un non insuperabile tasso di ambiguità, ove gli strumenti dell'ermeneutica lo consentano, deve interpretarli nel senso in cui possano avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno, atteso che la regola dell'interpretazione "utile" è imposta sia dal diritto interno, da parte dell'art. 1367 c.c., sia dal diritto europeo, in forza dell'art. 6, par. 3, T.U.E. (come modificato dal Trattato di Lisbona), che recepisce nel diritto dell'Unione i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e, tra questi, il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale (fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto infondata la dedotta violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato per avere la decisione gravata statuito in merito ad un avviso di accertamento erroneamente indicato nel corpo della sentenza, ma correttamente identificato nell'epigrafe della stessa); **Sez. 5, n. 29634/2019, Saija, Rv. 655742-01**, con cui si è stabilito, in tema di revocazione, che ai fini della configurabilità dell'errore di fatto di cui all'art. 395, n. 4, c.p.c. tra gli "atti e documenti della causa" dai quali l'errore stesso deve risultare, vanno compresi – in attuazione dei principi del giusto processo e di effettività della difesa – gli atti e i documenti attinenti alla causa e ritualmente depositati dalla parte interessata, pur se, per mero disguido della cancelleria non imputabile alla parte stessa, essi siano stati inseriti in diverso fascicolo d'ufficio.

La revocazione, appena evocata, può rivestire un ruolo cruciale nel dibattito sull'effettività, poiché essa nasce come impugnazione straordinaria e ben può assecondare la crescente tendenza dell'ordinamento integrato a mettere in discussione anche le decisioni irrevocabili e il giudicato, pur di pervenire a una decisione "giusta".

Al pari di altri mezzi di impugnazione straordinaria, compresi quelli con cui ci si rivolge a corti sovranazionali, la revocazione si presta tuttavia a facili strumentalizzazioni e dunque a una distorsione del principio di effettività.

Sembrano ispirarsi a questa convinzione due decisioni del 2019.

Ci si riferisce anzitutto a **Sez. 5, n. 08630/2019, De Masi, Rv. 653530-01**, che ha ulteriormente consolidato l'affermazione secondo cui l'inammissibilità della revocazione delle decisioni della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 395 n. 5 c.p.c.

non si pone in contrasto né che con i principi di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost., né con il diritto dell'Unione europea, non recando alcun *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, atteso che la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia riconosce l'importanza del principio della cosa giudicata, rimettendone la concreta attuazione all'autonomia processuale dei singoli Stati membri.

Sulla stessa falsariga vi è poi **Sez. 6-3, n. 16141/2019, Scrima, Rv. 654313-01**, dove si è detto che il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo impone al giudice (ai sensi degli artt. 175 e 127 c.p.c.) di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità, dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a produrre i suoi effetti. Ne consegue che, in caso di ricorso per revocazione di una sentenza della Corte di cassazione ai sensi art. 391-bis c.p.c. *prima facie* infondato, appare superfluo, pur potendone sussistere i presupposti, disporre la fissazione di un termine per l'integrazione del contraddittorio ovvero per la rinnovazione di una notifica nulla o inesistente, atteso che la concessione di esso si tradurrebbe, oltre che in un aggravio di spese, in un allungamento dei termini per la definizione del giudizio di cassazione senza comportare alcun beneficio per la garanzia dell'effettività dei diritti processuali delle parti.

Si è osservato in apertura come il principio di effettività funga da raccordo tra diritto sostanziale e diritto processuale.

In tal senso può essere letta **Sez. 5, n. 29632/2019, Locatelli, Rv. 655916-01**, con cui è stato fissato il regime di applicazione temporale della presunzione di evasione stabilita, con riguardo agli investimenti e alle attività di natura finanziaria detenute negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato, dall'art. 12, comma 2, del d.l. n. 78 del 2009, conv., con modif., dalla l. n. 102 del 2009, in vigore dal 1° luglio 2009.

La Cassazione ha stabilito che detta presunzione non ha natura procedimentale ma sostanziale, sia perché le norme in tema di presunzioni sono collocate, nel codice civile, tra quelle sostanziali, sia perché una diversa interpretazione potrebbe pregiudicare, in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., l'effettività del diritto di difesa del contribuente rispetto alla scelta in ordine alla conservazione di un certo tipo di documentazione: la norma che l'ha introdotta non ha pertanto efficacia retroattiva.

L'effettività si salda qui con il principio di affidamento.

Ci si può peraltro chiedere se sia coerente con l'effettività della tutela la seconda affermazione contenuta nella sentenza appena citata, secondo la quale hanno invece

natura procedimentale e non sostanziale e soggiacciono perciò al principio *tempus regit actum*, le previsioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter del medesimo art. 12, che raddoppiano, rispettivamente, i termini di decadenza per la notificazione degli avvisi di accertamento basati sulla suddetta presunzione e quelli di decadenza e di prescrizione stabiliti per la notificazione degli atti di contestazione o di irrogazione delle sanzioni per l'omessa denuncia delle disponibilità finanziarie detenute all'estero.

Bisogna peraltro riconoscere che norme giugulatorie sulla decadenza si pongono in contrasto con il principio di effettività quando rendano particolarmente gravoso il diritto dei singoli a un ricorso giurisdizionale appunto effettivo, mentre l'ampliamento dei poteri dell'Amministrazione finanziaria (in ciò si risolveva il raddoppio del termine decadenziale appena citato) può dirsi ragionevole quando sia funzionale al perseguimento di un fine legittimo come il contrasto all'evasione fiscale, senza sacrifici irragionevoli per i privati.

Sembra allineata a quest'ultima impostazione **Sez. 5, n. 06114/2019, Venegoni, Rv. 652791-01**: nell'ipotesi in cui un'imposta sia stata versata in forza di una norma dichiarata in contrasto con il diritto dell'Unione europea da una sentenza della Corte di giustizia, non collide con i principi del giusto processo e con l'effettività della tutela la fissazione del termine di decadenza per la proposizione dell'istanza di rimborso.

3. Effettività e rimedi.

Nel diritto sostanziale, o meglio in quel territorio di confine che è costituito dall'insieme dei rimedi a disposizione dei singoli per la tutela delle situazioni soggettive riconosciute sulla carta, la giurisprudenza si muove - come accennato - invece con maggiore difficoltà rispetto a quanto non avvenga nel diritto processuale, dove, come si è visto, la tradizione garantistica e il suo radicamento costituzionale sono più forti.

Affinché il principio di effettività possa essere ritenuto operante si ritiene necessario che la copertura del diritto eurounitario sia chiara, preferibilmente accompagnata da pronunce esplicite della Corte di giustizia.

In assenza di una simile copertura, la giurisprudenza di legittimità è poco disponibile a trasporre l'effettività su terreni diversi da quelli già arati dagli strumenti U.E., talvolta autorizzando una duplicità di *standard* di tutela per medesime situazioni soggettive.

È il caso del cd. danno comunitario nell'ambito del precariato pubblico.

Ancora nel 2019 la S.C. ha ribadito che, nell'ipotesi di illegittima o abusiva successione di contratti di lavoro a termine, il canone di effettività della tutela

giurisdizionale affermato dalla Corte di Giustizia impone di ristorare il lavoratore mediante un risarcimento del danno parametrato alla fattispecie di portata generale di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario", determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto (**Sez. L, n. 00992/2019, Rv. 652230-01**).

Non va tuttavia dimenticato che tale indirizzo si fonda su Sez. U, n. 05072/2016, Rv. 63906-01, la quale aveva bensì costruito la figura del danno comunitario in senso di maggior garanzia del lavoratore precario, e sempre in nome dell'effettività, ma aveva anche precisato che tale soluzione è valevole unicamente quando è necessario obbedire a un monito della Corte di giustizia e così colmare eventuali "*deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria*"; in ogni altro caso, regolato dalla sola normativa interna, le difficoltà di prova del danno si riducono a inconvenienti di mero fatto e non autorizzano un intervento riequilibratore del giudice, neppure all'insegna del principio di effettività.

Più eterogenea si presenta la situazione nel campo del diritto tributario.

Talvolta, il canone dell'effettività della tutela viene richiamato lungo le direttrici tracciate dalla Corte di giustizia, e non oltre.

Significative al riguardo sono alcune pronunce in materia di diritto al rimborso d'imposta nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

È il caso ad esempio di **Sez. 5, n. 25093/2019, Fanticini, Rv. 655409-01**, con cui la S.C. ha affermato che il prestatore di un servizio può chiedere all'Amministrazione finanziaria il rimborso dell'imposta indebitamente versata anche dopo il decorso del termine di decadenza previsto dall'art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, poiché il principio di effettività del diritto comunitario, pur non ostando ad una normativa nazionale in materia di ripetizione dell'indebito che preveda un termine di prescrizione per il committente più lungo di quello di decadenza per il prestatore del servizio, non è soddisfatto quando l'applicazione di tale disciplina abbia la conseguenza di privare completamente il soggetto passivo del diritto di ottenere dall'Amministrazione finanziaria il rimborso dell'IVA non dovuta.

Ma soprattutto ci si vuol riferire all'orientamento che è andato maturando in tema di rimborso delle accise e delle imposte addizionali sul consumo di energia elettrica da parte del consumatore finale, in caso di pagamento indebito.

Nel corso del 2019, la Sezione Tributaria ha affermato che, essendo tali imposte dovute dal fornitore, quest'ultimo è l'unico soggetto legittimato a presentare istanza di rimborso all'Amministrazione finanziaria, mentre il consumatore finale, al quale il fornitore abbia addebitato le suddette imposte, può esercitare solo l'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti del fornitore medesimo (**Sez. 5, n.**

29980/2019, Nonno, Rv. 655922-01; Sez. 5, n. 14200/2019, D'Aquino, Rv. 654071-01).

In tal modo, la Sezione Tributaria si è posta in contrasto con un indirizzo delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 06589/2009, Merone, Rv. 607295-01) che aveva affermato la giurisdizione tributaria anche nel caso di istanza di rimborso avanzata direttamente dal consumatore finale, sul presupposto che la norma di riferimento non contenga alcuna indicazione specifica circa i soggetti legittimati e debba, quindi, ritenersi applicabile a tutti coloro che dimostrino di avere indebitamente pagato.

Si tratta di un contrasto sul quale non è necessario soffermarsi ai fini del presente approfondimento, se non per sottolineare come, nell'orientamento fattosi strada nel 2019, il principio unionale di effettività della tutela sia stato comunque richiamato, ma non in chiave di allargamento della tutela, bensì al minimo, per dire cioè che al consumatore deve essere consentito di chiedere direttamente il rimborso all'Amministrazione finanziaria, ma solo nel caso in cui dimostri l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà di tale azione, da riferire alla situazione in cui si trova il fornitore.

Sempre rimanendo nell'ambito del diritto tributario, va infine segnalata **Sez. 5, n. 24251/2019, Nocella, Rv. 655146-01**, in cui il richiamo ai principi è stato di più ampio respiro, essendosi posto un argine all'operare retroattivo di un termine prescrizione ridotto di nuova introduzione (in materia di recupero delle accise sugli olii minerali) in conformità ai principi di affidamento, ragionevolezza ed effettività della tutela riconosciuti dalla Costituzione, dal diritto comunitario e da quello internazionale, soltanto ai diritti sorti successivamente al 15 dicembre 1995, data di entrata in vigore della menzionata disposizione.

In tutt'altra materia, ad apparire invece espressiva di un nuovo corso in tema di effettività e rimedi è **Sez. 1, n. 30442/2019, De Marzo, Rv. 655953-01**.

La S.C. era stata chiamata a pronunciarsi in un caso di procedimento espropriativo per l'esecuzione di opere pubbliche demandate all'ente concessionario, in cui quest'ultimo era risultato insolvente rispetto all'obbligo indennitario.

La sentenza ha fatto efficacemente interagire le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale in materia di ristoro dell'espropriato con le affermazioni della Corte EDU, reiterate nel 2019, secondo cui la CEDU *“mira a garantire diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi”* (**Corte EDU 14 marzo 2019, Arnaboldi c. Italia**).

L'interazione è avvenuta sulla linea dell'effettività, avendo la Cassazione affermato che *“l'esigenza, costituzionalmente imposta, di assicurare il serio ristoro delle situazioni soggettive e l'effettività dei rimedi giurisdizionali comporta, ove il concessionario sia insolvente rispetto al proprio obbligo indennitario, il sorgere di un autonomo obbligo di garanzia della P.A. concedente, beneficiaria dell'espropriazione, per il pagamento del ristoro dovuto dal*

concessionario, onde assicurare, ex art. 42, comma 3, Cost., l'effettivo bilanciamento di interessi tra il titolare del bene abitato e la P.A. che persegue, attraverso l'espropriazione, finalità di interesse generale".

4. Il rilievo officioso delle nullità: nodi problematici.

Un terreno dove, paradossalmente, il principio di effettività fatica invece ad affermarsi è quello del rilievo officioso delle nullità sostanziali.

È noto come le dirompenti sentenze della Corte di cassazione in tema di rilievo officioso della nullità, con cui è stato ribaltato un orientamento consolidatissimo ed è stato messo in discussione uno dei principi-cardine del processo civile, quale il principio dispositivo, hanno trovato nella giurisprudenza della Corte di giustizia una spinta decisiva.

Sez. U., 26242/2014, Travaglino, Rv. 633504-01, e Sez. U, n. 26243/2014, Travaglino, Rv. 633560-01, precedute da Sez. U, n. 14828/2012, D'Ascola, Rv. 623290-01, hanno esplicitamente affermato che *"le indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso (nella specie, delle clausole abusive nei contratti relativi alle ipotesi di cd. commercio business-to-consumer) consentono di desumere un chiaro rafforzamento del potere- dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità"* e che *"la riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità - lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico - consente di riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale"*.

Nonostante i forti impulsi provenienti da queste pronunce, in cui le Sezioni Unite hanno esteso la portata del principio di effettività ben al di là del raggio applicativo del diritto di matrice eurounitaria, gli anni successivi sono stati caratterizzati da una certa prudenza e dall'emergere di frequenti distinguo.

Lo si può osservare soprattutto in materia lavoristica, dove le esigenze protettive del lavoratore e la caratura pubblicistica di molte disposizioni potrebbero indurre a pensare a un uso molto penetrante del rilievo officioso delle nullità, ad es. in materia di licenziamenti affetti da nullità.

In realtà, dopo l'iniziale allineamento all'indirizzo delle Sezioni Unite da parte di Sez. L, n. 17286/2015, A. Manna, Rv. 636802-01, si è registrato un ritorno alla lettura più restrittiva, che è stata aperta da Sez. L, n. 07687/2017, Di Paolantonio, Rv. 643577-01, e che è stata confermata nel corso del 2019.

Si veda a tale proposito **Sez. L, n. 09675/2019, Torrice, Rv. 653619-01**, in cui si è affermato che la disciplina della invalidità del licenziamento è caratterizzata da specialità, rispetto a quella generale della invalidità negoziale, desumibile dalla previsione di un termine di decadenza per impugnarlo e di termini perentori per il

promovimento della successiva azione di impugnativa, che resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto, non essendo equiparabile all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati; ne consegue che il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte.

Nessun cenno in tali pronunce, neanche per confutarne il ruolo, al fondamento ultimo del nuovo corso inaugurato dalle Sezioni Unite, vale a dire al principio di effettività nella sua accezione più ampia e garantistica.

La natura proteiforme del principio di effettività, la sua capacità di adattarsi a tutte le situazioni giuridiche protette in funzione di un loro potenziamento costituiscono, a ben vedere, un limite in sede applicativa, perché inducono una certa diffidenza quando si tratti non semplicemente di evitare formalismi processuali, ma di attribuire strumenti di tutela non esplicitamente previsti dal diritto positivo o di sollecitare la proattività del giudice nel corso del processo.

In dottrina, si è di recente osservato come *“talvolta la non piena coincidenza fra piano sostanziale e piano rimediale non nasce dall'assenza del rimedio nel sistema, ma piuttosto dalla presenza di un rimedio che lo stesso legislatore ha voluto in qualche maniera manomettere per impedirgli di sviluppare tutte le sue potenzialità di effettività”*⁵.

Si potrebbe aggiungere che talvolta la stessa giurisprudenza guarda al principio di effettività come a un'arma di potenza incontrollata, dunque pericolosa, e che questo sguardo la induce a esercitare un forte *self-restraint*, finalizzato a disinnescare quei rimedi che pure le norme del diritto positivo mettono a disposizione dell'interprete.

⁵ Carratta, Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività, in Grisi (a cura di), Processo e tecniche di attuazione dei diritti, cit., 708.

II) LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL GIUDICATO NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ.

(DI MARIA ELENA MELE)

SOMMARIO 1. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c. - 2. La formazione del giudicato rispetto alle pronunce implicite. Il caso della giurisdizione e della legittimazione ad agire. - 3. L'effetto espansivo interno del giudicato (art. 336 c.p.c.). - 4. Impugnazioni e preclusioni.

1. Il coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c.

Costituisce un tema problematico quello della individuazione dei criteri che regolano la formazione del giudicato a seguito della impugnazione parziale della sentenza e della conseguente acquiescenza tacita rispetto alle parti non impugnate.

La questione emerge, innanzitutto, in relazione alla necessità di coordinamento tra l'art. 329, comma 2 c.p.c. e l'art. 336 c.p.c. La prima disposizione disciplina l'istituto dell'acquiescenza tacita cd. qualificata, stabilendo che l'impugnazione parziale della sentenza importa acquiescenza alle parti di essa non impugnate. Il legislatore, dunque, ricollega alla impugnazione di una parte soltanto della decisione l'effetto di accettazione delle altre parti e il conseguente passaggio in giudicato formale delle medesime. Tale effetto, tuttavia, può verificarsi, solo in quanto le parti non impugnate siano indipendenti e scindibili rispetto a quelle impugnate. E infatti, l'art. 336 c.p.c. completa tale ipotesi, disponendo che la riforma o cassazione parziale hanno effetto anche sulle parti della sentenza dipendenti da quelle riformate o cassate (cd. effetto espansivo interno dell'impugnazione), rispetto alle quali, dunque, l'impugnazione parziale non determina acquiescenza.

Un primo problema che si pone è quello di stabilire quanto si verifica l'acquiescenza cui si riferisce l'art. 329 c.p.c. In proposito, **Sez. U**, infine, Sez. 2, n. 975/2019, **2019, Conti R.G., Rv. 652848-01** ha ritenuto ammissibile il ricorso ex art. 111, comma 8, Cost. proposto immediatamente alle Sezioni Unite avverso la decisione declinatoria della giurisdizione, ancorché successivamente il medesimo ricorrente provveda anche alla riassunzione del giudizio innanzi al giudice dichiarato munito di giurisdizione dalla decisione impugnata, atteso che tale contegno processuale, valutato alla luce delle scansioni temporali che l'hanno caratterizzato, non risulta compatibile con una volontà tesa ad abbandonare il ricorso – prioritariamente proposto – con il quale è stato chiesto alle Sezioni Unite di esaminare la questione di giurisdizione, dovendo l'atto successivo intendersi come rivolto non già a prestare acquiescenza alla statuizione in punto di giurisdizione, precedentemente impugnata innanzi all'organo istituzionalmente deputato a risolvere tale questione, ma unicamente a dare esecuzione alla stessa.

In precedenza, Sez. 1, n. 4908/2017, Falabella, Rv. 644313-01 aveva ritenuto che la parte rimasta, in tutto o in parte, soccombente, ove non proponga impugnazione della sentenza che la pregiudica (nella specie, la pronuncia con la quale la corte d'appello ha deciso nel merito il gravame incidentale, senza affrontare la questione della sua ammissibilità), assume un comportamento incompatibile con la volontà di far valere, nel giudizio di impugnazione, la relativa questione - anche se a carattere pregiudiziale (che dà luogo ad un capo autonomo della sentenza e non costituisce un mero passaggio interno della decisione di merito, come si desume dall'art. 279, comma 2, nn. 2 e 4, c.p.c.) - in tal modo prestandovi acquiescenza, con le conseguenti preclusioni sancite dagli artt. 324 e 329, comma 2, c.p.c.

L'ulteriore questione posta dalla necessità di coordinamento degli artt. 329, comma 2 e 336 c.p.c. è quella di individuare da un lato, la nozione di «parte» o «capo» della sentenza, anche al fine di chiarire quale possa definirsi autonoma e sulla quale, dunque, ove non impugnata, si forma il giudicato, oppure dipendente, operando in tal caso la previsione di cui all'art. 336 cit.

Si tratta di definizione problematica e non univoca, potendo essere intesa come quella parte della sentenza corrispondente alla decisione della domanda, sia sulla sua ammissibilità che sulla sua fondatezza, ovvero quella contenente la decisione di una questione, per tale dovendosi intendere ogni punto controverso sull'esistenza di un fatto, sull'individuazione della norma processuale e di quella sostanziale da applicare⁶.

In quest'ultimo senso sembra orientarsi la giurisprudenza di legittimità più recente.

Infatti, secondo Sez. 2, n. 16583/2012, Manna, Rv. 624791-01, la nozione di «parte della sentenza», alla quale fa riferimento l'art. 329, cpv. c.p.c., dettato in tema di acquiescenza implicita, e cui si ricollega la formazione del giudicato interno, identifica non già qualsivoglia affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, che non sia stata espressamente o implicitamente investita da una censura specifica, bensì soltanto le statuizioni minime suscettibili di acquisire autonoma efficacia decisoria nell'ambito della controversia. Queste ultime sono costituite dalla sequenza fatto, norma ed effetto, intesa come unitaria scansione logica che comprende e supera le singole sue componenti, ancorché ciascuna di esse possa essere, isolatamente considerata, oggetto d'impugnazione

⁶ Si vedano, *ex plurimis*, LIEBMAN, «Parte» o «capo» di sentenza, in *Riv. dir. proc.* 1964, p. 56-57; CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova 1973, p. 124 ss.; MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942, 405; RASCIO, *Su acquiescenza parziale e motivi di impugnazione*, in *Foro it.*, 1996 I, 2146; POLI, *In tema di estensione dell'impugnazione alle parti della sentenza dipendenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 705 ss.

Sez. 6-3, n. 12202/2017, Vincenti, Rv. 644289-01 ha poi precisato che il giudicato non si determina sul fatto ma su una statuizione minima della sentenza, costituita dalla sequenza fatto, norma ed effetto, suscettibile di acquisire autonoma efficacia decisoria nell'ambito della controversia, sicché l'appello motivato con riguardo ad uno soltanto degli elementi di quella statuizione riapre la cognizione sull'intera questione che essa identifica, così espandendo nuovamente il potere del giudice di reconsiderarla e riqualificarla anche relativamente agli aspetti che, sebbene ad essa coessenziali, non siano stati singolarmente coinvolti, neppure in via implicita, dal motivo di gravame. Per tale ragione, la S.C., nella fattispecie esaminata in quella decisione, ha escluso che si fosse formato un giudicato implicito sul fatto storico dell'esistenza di un nesso causale tra l'incidente occorso alla ricorrente, caduta uscendo da un esercizio commerciale, e la vetrina espositiva ivi collocata, a fronte di una sentenza di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento danni sul diverso presupposto che le lesioni subite non erano riconducibili alla caduta determinata dall'urto con la vetrina.

Tale principio è stato riaffermato più di recente da Sez. L, n. 16853/2018, Torrice, Rv. 649361-01, la quale ha ritenuto che la contestazione in ordine alla sussistenza dei presupposti di operatività dell'art. 19 del d.P.R. n. 509 del 1979, individuata dal giudice di primo grado come regolatrice della pretesa di rimborso delle spese legali sostenute nel processo penale, fosse sufficiente a censurare la relativa statuizione, sulla quale, pertanto, non si era verificato alcun giudicato interno.

Ancora, Sez. 6-L, n. 24783/2018, Cavallaro, Rv. 650927-01 ha confermato la decisione di merito che, pur in assenza di specifico gravame sul punto da parte dell'assicurato, in seguito all'appello dell'INPS in merito alla tardività dell'azione giudiziale, aveva riesaminato l'intera questione della decadenza in tema di benefici previdenziali ex art. 13 della l. n. 257 del 1992, ritenendola maturata per i soli ratei anteriori al triennio dalla proposizione della domanda amministrativa.

Nel 2019, **Sez. 2, n. 10760/2019, Criscuolo, Rv. 653408-01** ha nuovamente affermato che per parte della sentenza deve intendersi una statuizione minima della sentenza, costituita dalla sequenza fatto, norma ed effetto, suscettibile di acquisire autonoma efficacia decisoria nell'ambito della controversia, sicché l'appello motivato con riguardo ad uno soltanto degli elementi di quella statuizione riapre la cognizione sull'intera questione che essa identifica, così espandendo nuovamente il potere del giudice di reconsiderarla e riqualificarla anche relativamente agli aspetti che, sebbene ad essa coessenziali, non siano stati singolarmente coinvolti, neppure in via implicita, dal motivo di gravame. In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva affermato l'inopponibilità all'erede di un testamento olografo fatto valere da un legatario in ragione della tardività dell'istanza

di verifica avanzata da quest'ultimo a seguito del disconoscimento operato dal primo, sul rilievo che il motivo di appello con cui il legatario aveva contestato la tempestività del disconoscimento medesimo aveva riaperto la cognizione pure sulla questione relativa alla procedura da seguire per accertare l'autenticità del testamento.

Secondo **Sez. 2, n. 34026/2019, Carrato, Rv. 656328-01** la qualificazione giuridica data dal giudice all'azione, quando essa abbia condizionato l'impostazione e la definizione dell'indagine di merito onera la parte interessata di proporre specifica impugnazione sul punto, sicché, in mancanza, su di esso si forma il giudicato.

Sez. 3, n. 23640/2019, Dell'Utri, Rv. 655171-01 ha affermato che la decisione che, nel rigettare la domanda di rilascio di un immobile perché occupato *sine titulo*, riconosca che lo stesso è oggetto di un valido ed efficace contratto di locazione non determina la formazione di alcun giudicato su fatti costituenti inadempimento del conduttore, pur se anteriori alla pronuncia, poiché l'accertamento di detti fatti non costituisce un passaggio logico-giuridico necessario ai fini della statuizione concernente la richiesta di restituzione del bene.

Altre recenti pronunce individuano invece la nozione di parte della sentenza, ovvero capo autonomo, con riguardo alla decisione di questione controversa.

Secondo **Sez. I, n. 24358/2018, Boghetich, Rv. 650730-01** capi di sentenza autonomi sono quelli che risolvono una questione controversa avente una propria individualità ed autonomia, così da integrare astrattamente una decisione del tutto indipendente e sui quali si può formare il giudicato. Sono quindi privi del carattere dell'autonomia i meri passaggi motivazionali, ossia le premesse logico-giuridiche della statuizione adottata, come pure le valutazioni di meri presupposti di fatto che, unitamente ad altri, concorrono a formare un capo unico della decisione. Per tale ragione, la Corte ha escluso che vi fosse stata violazione del giudicato interno, per la mancata impugnazione della sentenza di prime cure, nella parte in cui aveva ritenuto insussistente il requisito della eterodirezione, quale indice rilevante, ma non esaustivo, della natura subordinata del rapporto di lavoro, per il cui riconoscimento era stato intentato il giudizio.

Ancora, secondo **Sez. 3, n. 2379/2018, Iannello, Rv. 647932-01** costituisce capo autonomo della sentenza – come tale suscettibile di formare oggetto di giudicato interno – solo quello che risolva una questione controversa tra le parti, caratterizzata da una propria individualità e una propria autonomia, sì da integrare, in astratto, gli estremi di un *decisum* affatto indipendente, ma non anche quello relativo ad affermazioni che costituiscano mera premessa logica della statuizione in concreto adottata. In particolare, ha escluso la formazione del giudicato in ordine a meri passaggi argomentativi della decisione o alla valutazione delle prove che attengono al capo di sentenza oggetto di impugnazione.

Con specifico riguardo al processo tributario, Sez. 5, n. 13047/2017, Iannello, Rv. 644242-01 ha affermato che l'effetto di acquiescenza, ex art. 329, comma 2, c.p.c., alle parti della sentenza non impugnate – la cui produzione ne presuppone l'autonomia e la non dipendenza da quella oggetto di impugnazione, come può verificarsi soltanto se la decisione contenga più capi contro i quali la parte ha interesse ad impugnare – non è ravvisabile ove la decisione riguardi distinti periodi d'imposta e la contestazione investa elementi o presupposti di fatto comuni e ricorrenti negli stessi, atteso che, in siffatta ipotesi, se è vero che l'autonomia dei periodi d'imposta distingue le diverse pretese creditorie, ciò non vale, tuttavia, ad identificare altrettanti diversi capi della domanda, né, tantomeno, diverse parti della sentenza, cosicché detta contestazione, anche in assenza di un esplicito riferimento a ciascuno dei distinti anni d'imposta, non può non intendersi riferita all'intero oggetto del contendere. Applicando tale principio, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che, in un giudizio concernente più avvisi di accertamento ai fini IRPEF, IRAP e IVA, ciascuno per un distinto anno d'imposta, ma tutti fondati sulla contestazione di elementi o presupposti di fatto comuni e ricorrenti nei vari anni, aveva affermato l'esistenza di un giudicato interno con riferimento all'avviso di accertamento relativo a uno di essi, in ragione della mancanza, nel ricorso in appello dell'ufficio, di specifici elementi di critica al medesimo afferenti.

Deve essere fatta menzione, poi, di quelle pronunce in cui la S.C. ha escluso che possa formarsi il giudicato laddove la questione non sia stata specificamente esaminata dal giudice. Si tratta di affermazione concernente l'ipotesi delle questioni non esaminate dal giudice d'appello perché ritenute assorbite dall'accoglimento di un motivo di gravame avente natura pregiudiziale. In tal senso si è espressa, da ultimo, **Sez. 3, n. 13952/2019, Gianniti, Rv. 653924-01** riaffermando un principio consolidato in giurisprudenza (nello stesso senso Sez. 3, n. 9303/2012, Amendola, Rv. 622824-01).

2. La formazione del giudicato rispetto alle pronunce implicite. Il caso della giurisdizione e della legittimazione ad agire.

Problematica è l'operatività dell'acquiescenza rispetto alle parti della sentenza contenenti pronunce implicite.

Tra queste particolare rilievo ha la questione concernente la giurisdizione allorché il giudice non si sia espressamente pronunciato in proposito e la parte appellante non abbia formulato al riguardo alcuna specifica doglianza.

In questo caso, a partire da Sez. U., n. 24883/2008, Merone, Rv. 604576-01, la Corte, discostandosi dal precedente orientamento, afferma che con riguardo alla rilevanza d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, del difetto di giurisdizione,

soltanto qualora sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito il giudice può rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, operando la relativa preclusione anche in sede di legittimità. Nella pronuncia richiamata, la S.C. ha precisato che il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte in cui la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengono statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo alla ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum*, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito.

Tale interpretazione è stata costantemente riaffermata dalla S.C.

Così, per limitarci alle pronunce più recenti, Sez. U., n. 10265/2018, Manna, Rv. 648268-01 ha ritenuto che il giudicato interno sulla giurisdizione si forma tutte le volte in cui il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito, affermando anche implicitamente la propria giurisdizione, e le parti abbiano prestato acquiescenza a tale statuizione, non impugnando la sentenza sotto questo profilo, sicché non può validamente prospettarsi l'insorgenza sopravvenuta di una questione di giurisdizione all'esito del giudizio di secondo grado, perché tale questione non dipende dall'esito della lite, ma da due invarianti primigenie, costituite dal *petitum* sostanziale della domanda e dal tipo di esercizio di potere giurisdizionale richiesto al giudice. In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione nei confronti di una pronuncia del giudice contabile, ove la parte ricorrente aveva allegato che la questione sulla giurisdizione era insorta solo con la sentenza di secondo grado, ritenuta viziata da eccesso di potere giurisdizionale (in senso conforme, si veda anche Sez. U., n. 25937/2018, Giusti, Rv. 651342-01).

Tale principio è stato riaffermato da ultimo da **Sez. 5, n. 13750/2019, Balsamo, Rv. 654069-01**, la quale ha ribadito che il giudicato interno sulla giurisdizione si forma tutte le volte in cui il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito, affermando anche implicitamente la propria giurisdizione, e le parti abbiano prestato acquiescenza a tale statuizione, non impugnando la sentenza sotto questo profilo, sicché non può validamente prospettarsi l'insorgenza sopravvenuta di una questione di giurisdizione all'esito del giudizio di secondo grado, perché tale questione non dipende dall'esito della lite, ma da due invarianti primigenie, costituite dal *petitum* sostanziale della domanda e dal tipo di esercizio di potere giurisdizionale richiesto al giudice. Facendo applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto inammissibile il ricorso, in quanto non erano stati trascritti i motivi di appello con i quali era stata contestata la decisione di primo grado sotto il profilo della

giurisdizione e non risultando, peraltro, dalla pronuncia impugnata le doglianze sollevate con il gravame.

Nell'ambito del processo tributario, **Sez. 5, n. 22652/2019, Fanticini, Rv. 655050-01** ha ritenuto che, qualora il giudice di primo grado abbia pronunciato nel merito affermando, anche implicitamente, la propria giurisdizione, la parte che intenda contestare tale riconoscimento è tenuta a proporre appello sul punto, trattandosi di parte vittoriosa, eventualmente in via incidentale condizionata ex art. 54 del d.lgs. n. 546 del 1992. Ha altresì precisato che a tal fine non è necessario ricorrere a formule sacramentali, essendo sufficiente che dal complesso delle deduzioni e delle conclusioni formulate dall'appellato in sede di costituzione risulti chiaramente la volontà di ottenere la riforma della decisione.

Più in generale, **Sez. 5, n. 25493/2019, Perrino, Rv. 655411-01** ha ribadito che ogni statuizione di merito comporta una pronuncia implicita sulla giurisdizione, sicché il giudice dell'impugnazione non può riesaminare d'ufficio quest'ultima, in assenza di specifico gravame sul punto, ed è irrilevante che nella sentenza d'appello la questione di giurisdizione sia stata egualmente trattata. La regola della rilevabilità d'ufficio delle questioni, in ogni stato e grado del processo, deve essere infatti coordinata con i principi che governano il sistema delle impugnazioni, nel senso che essa opera solo quando sulle suddette questioni non vi sia stata una statuizione anteriore; ove questa vi sia, invece, stata, i giudici delle fasi successive possono conoscere delle questioni stesse solo se e in quanto esse siano state riproposte con l'impugnazione, posto che altrimenti si forma il giudicato interno che ne preclude l'esame (tra varie, Sez. 6-3, n. 22207/2017, Cirillo F.M., Rv. 645722-01).

Come riaffermato dalla pronuncia da ultimo richiamata, la premessa sui cui poggia il ragionamento della Corte è che qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della sussistenza della *potestas iudicandi* la quale, pur in assenza di formale eccezione o questione sollevata d'ufficio, avviene comunque *de plano* in quanto il giudice che decide nel merito ha già verificato la sussistenza del suo potere di decidere (si vedano, altresì, Sez. U., n. 9693/2013, Segreto, Rv. 626100-01; Sez. L, n. 2605/2018, Tricomi, Rv. 64648201).

Non si è tuttavia mancato di sottolineare in dottrina, come una cosa sia limitare la rilevabilità d'ufficio della questione ove sussista una statuizione esplicita sul punto e rispetto alla quale può configurarsi acquiescenza ex art. 329, comma 2, c.p.c. per mancata impugnazione, mentre altra e diversa cosa sia ritenere che il giudice del gravame, a causa della mancata impugnazione di un capo implicito, non abbia il potere di esaminare la questione di giurisdizione quando il giudice di primo grado non si sia espressamente pronunciato sul punto.

Più in generale si evidenzia il problema della possibilità di configurare l'acquiescenza rispetto a pronunce implicite il quale presuppone a monte la verifica

della possibilità di ammettere che il silenzio del giudice implichi una decisione in proposito. Si osserva come mentre ciò non troverebbe ostacolo nell'ipotesi in cui la questione sia stata prospettata dalle parti ed il giudice abbia deciso il merito senza pronunciarsi esplicitamente su di essa, diversa è l'ipotesi in cui la questione relativa alla giurisdizione non abbia affatto costituito oggetto del *thema decidendum*, nel qual caso difficilmente potrebbe configurarsi una decisione implicita e un conseguente onere di impugnazione della parte⁷.

Ben diverso e certamente più rigoroso è l'orientamento della Corte riguardo ad altre ipotesi, e in specie in tema di *legitimatio ad causam*.

Sez. U., n. 7925/2019, Campanile, Rv. 653277-01 ribadito l'interpretazione secondo la quale ai fini della la formazione del giudicato interno sulla questione della legittimazione, è necessario che esso sia "espresso", non essendo sufficiente ad impedire la rilevabilità d'ufficio il giudicato implicito, che, in ordine alla questione pregiudiziale della legittimazione non può formarsi qualora la questione non sia stata sollevata dalle parti ed il giudice (con implicita statuizione positiva sulla stessa) si sia limitato a decidere nel merito, restando in tal caso la formazione del giudicato sulla pregiudiziale impedita dall'impugnativa del capo della sentenza relativamente al merito. La Corte ha ritenuto, infatti, che non può ritenersi che un giudicato interno si sia formato in via implicita, semplicemente perché la legittimazione abbia costituito la premessa logica per la decisione, in quanto, affinché una questione possa ritenersi decisa dal giudice di merito occorre che essa sia stata oggetto di discussione tra le parti (nello stesso senso si veda Sez. 5, n. 20978/2013, Conti R.G., Rv. 628501-01; Sez. 5, n. 9952/2003, Del Core, Rv. 564471-01. Si veda, altresì, Sez. 3, n. 23568/2011, Frasca, Rv. 620296-01).

3. L'effetto espansivo interno del giudicato (art. 336 c.p.c.).

La previsione dell'art. 336 c.p.c. rende necessario stabilire cosa debba intendersi per «parte dipendente» della sentenza. Innanzitutto, allorché sia impugnata la premessa logica della decisione di una domanda, parte dipendente sarà la statuizione che dipenda da quella decisione. E ciò nel caso in cui tale premessa logica sia costituita da un mero elemento della fattispecie, ovvero da una questione preliminare di merito o da una questione pregiudiziale in senso tecnico o in senso logico. In tali casi, l'impugnazione della parte di sentenza condizionante comporta

⁷ POLI G.P., *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Il Foro it.*, 2009, fasc. 3, parte I, 810 ss.; LAMORGESE, *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle sezioni unite n. 24883 del 2008*, in www.federalismi.it; NAPPI, *Effetto devolutivo delle impugnazioni e giudicato interno sugli errores in procedendo*, in *Giust. civ.*, 2009, pt. 1, pag. 47

la devoluzione al giudice dell'impugnazione anche delle parti dipendenti le quali, dunque, saranno sottratte al giudicato. Tale devoluzione, tuttavia, è circoscritta nei soli limiti del condizionamento, e cioè solo nella misura in cui la diversa soluzione della questione pregiudicante sia in grado di incidere sulla decisione della questione dipendente.

Tale principio si trova chiaramente affermato nella recente giurisprudenza della S.C. e in specie da **Sez. 3, n. 23985/2019, Graziosi, Rv. 655106-01**, la quale ha statuito che la decisione dell'impugnazione sulla questione principale può comportare la modificazione, in virtù del cosiddetto "effetto espansivo interno" anche della questione dipendente (nella specie, riguardante le spese di lite del primo grado), pur se autonoma e non investita da specifica censura. La pronuncia ha tuttavia precisato che la "modificabilità" dei capi di sentenza autonomi ma dipendenti da altro capo, costituendo un'eccezione al principio della formazione del giudicato in mancanza di impugnazione, va applicata con estremo rigore e che pertanto deve escludersi che l'impugnazione della statuizione sulla questione principale rimetta in ogni caso in discussione la decisione sulla questione dipendente, attribuendo perciò sempre al giudice dell'impugnazione il potere di deciderla nuovamente e autonomamente. Ciò infatti potrà e dovrà accadere solo ove sia imposto dal tenore della decisione relativa all'impugnazione principale, ossia quando tale ultima decisione si ponga in contrasto con quella sulla questione dipendente. In tal caso, la direzione e i limiti dell'intervento consentito al giudice dell'impugnazione sulla statuizione dipendente non colpita da impugnazione non potranno che dedursi dalle necessità di coerenza imposte dalla decisione sulla questione principale e dai motivi posti a sostegno della medesima.

Analogamente, in tema di spese processuali, secondo **Sez. 3, n. 27606/2019, Dell'Utri, Rv. 655640-01** il potere del giudice d'appello di procedere d'ufficio ad un nuovo regolamento di tali spese, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, sussiste in caso di riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata, in quanto il relativo onere deve essere attribuito e ripartito in relazione all'esito complessivo della lite, laddove, in caso di conferma della decisione impugnata la decisione sulle spese può essere dal giudice del gravame modificata soltanto se il relativo capo della decisione abbia costituito oggetto di specifico motivo d'impugnazione. Tuttavia, anche in ragione dell'operare del c.d. effetto espansivo interno di cui all'art. 336, primo comma, c.p.c., l'accoglimento parziale del gravame della parte vittoriosa in cui favore il giudice di primo grado abbia emesso condanna alla rifusione delle spese di lite non comporta, in difetto di impugnazione sul punto, la caducazione di tale condanna, sicché la preclusione nascente dal giudicato impedisce al giudice dell'impugnazione di modificare la pronuncia sulle spese della precedente fase di merito, qualora egli abbia valutato la complessiva situazione

sostanziale in senso più favorevole alla parte vittoriosa in primo grado. In applicazione dei su indicati principi, la S.C. ha cassato la sentenza del giudice di appello che, nel riformare la sentenza impugnata aumentando l'entità della condanna al risarcimento danni pronunciata in favore degli appellanti, aveva modificato il regolamento delle spese di primo grado in termini meno favorevoli per gli appellanti, in difetto di appello incidentale sul capo relativo alle spese.

La Corte ha altresì ritenuto che il giudicato sostanziale può estendersi anche alle questioni non controverse, ma è necessario che su queste ultime il giudice abbia compiuto un vero e proprio accertamento, così necessariamente e inscindibilmente collegato con il *dictum* finale, da non costituire la semplice affermazione, *incidenter tantum*, di uno dei presupposti logici della decisione, bensì l'oggetto, esso stesso, della statuizione finale (Sez. 1, n. 3737/2003, Tirelli, Rv. 561132-01). In applicazione di tale principio, **Sez. 6-5, n. 19632/2019, Castorina, Rv. 654968-01** ha escluso che fosse invocabile dal contribuente l'esistenza di un giudicato sulla validità della notifica della cartella tenuto conto che la pronuncia impugnata, in ragione della mancata costituzione del concessionario, era di contenuto meramente processuale ed alcuna statuizione era intervenuta sulla regolarità della notifica.

Deve essere richiamata, altresì, **Sez. 2, n. 34026/2019, Carrato, Rv. 656328-01 cit.** ove, in motivazione, afferma che l'effetto devolutivo dell'appello entro i limiti dei motivi d'impugnazione preclude al giudice del gravame esclusivamente di estendere le sue statuizioni a punti che non siano compresi, neanche implicitamente, nel tema del dibattito esposto nei motivi d'impugnazione; viola, però, il principio del *tantum devolutum quantum appellatum* il giudice di appello che fondi la decisione su ragioni che, ove anche non siano state eventualmente specificamente fatte valere dall'appellante, appaiano, nell'ambito della censura proposta, in rapporto di diretta connessione con quelle espressamente dedotte nei motivi stessi, costituendone necessario antecedente logico e giuridico.

4. Impugnazioni e preclusioni.

La formazione del giudicato è incisa anche dalle preclusioni che maturano nel giudizio di impugnazione, conseguenti all'onere imposto alle parti dagli artt. 329, 342, 346, 360 c.p.c. di coltivare le questioni.

Tali preclusioni condizionano i poteri del giudice come ribadito di recente da **Sez. 2, n. 21906/2019, Manna, Rv. 654911-01** secondo la quale il rilievo d'ufficio della nullità del contratto è precluso al giudice dell'impugnazione, quando sulla validità del rapporto si sia formato il giudicato interno. La S.C. ha perciò ritenuto preclusa la rilevabilità d'ufficio della questione relativa alla validità di un contratto di patrocinio in favore di un Comune, per parziale difetto di copertura finanziaria,

per essere stata detta questione superata dalla sentenza di primo grado, contenente la condanna dell'ente a corrispondere il compenso al difensore per l'attività professionale svolta e non avendo tale statuizione formato oggetto di appello incidentale da parte del Comune.

Deve altresì essere richiamata **Sez. 2, n. 8400/2019, Scarpa, Rv. 653296-01** la quale ha statuito che, in tema di successione legittima, il diritto di abitazione ed uso ex art. 540, comma 2, c.c. è devoluto al coniuge del *de cuius* in base ad un meccanismo assimilabile al prelegato *ex lege*, sicché la sua concreta attribuzione, nell'ambito di una controversia avente ad oggetto lo scioglimento della comunione ereditaria, non è subordinata alla formulazione di una espressa richiesta in tal senso. Tuttavia, ove il giudice di primo grado abbia disposto la divisione della comunione ereditaria senza detrarre il valore capitale del menzionato diritto spettante al coniuge superstite (in aggiunta alla quota attribuita dagli artt. 581 e 582 c.c.) e questa statuizione implicita negativa sul punto non abbia formato oggetto di uno specifico motivo di impugnazione, il riconoscimento del citato diritto di abitazione ad opera del giudice di appello è impedito dalle preclusioni processuali maturate e, in specie, dal giudicato interno formatosi al riguardo.

Sez. 2, n. 21243/2019, Grasso Gius., Rv. 655204-01 ha poi affermato che la nullità del contratto posto a fondamento dell'azione di adempimento è rilevabile d'ufficio, ma non può essere accertata sulla base di una "nuda" eccezione, sollevata per la prima volta con il ricorso per cassazione, basata su contestazioni in fatto in precedenza mai effettuate, a fronte della quale l'intimato sarebbe costretto a subire il "vulnus" delle maturate preclusioni processuali. Tale principio è stato enunciato in relazione ad una fattispecie in cui, richiesto il pagamento del compenso per l'attività di mediazione espletata, è stata sollevata solo in sede di legittimità l'eccezione relativa alla mancata iscrizione del mediatore nel relativo albo professionale.

Con riguardo alle preclusioni specifiche dei giudizi di impugnazione e, in particolare, alla individuazione delle ipotesi in cui sussiste l'onere di impugnazione rispetto a quelle in cui ricorre quello di mera riproposizione di domande o eccezioni non accolte, **Sez. U., n. 7940/2019, Falaschi, Rv. 653280-01** ha affrontato il tema della necessità di riproposizione in appello delle domande rimaste assorbite in primo grado.

Secondo la Corte, mentre per le domande ed eccezioni esaminate e rigettate, sia pure implicitamente, dal primo giudice, è necessario proporre appello incidentale ex art. 343 c.p.c., diverso è il caso delle domande e delle eccezioni non accolte in primo grado, in quanto rimaste assorbite. In tale ipotesi, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia, le parti del processo di impugnazione, nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale, sono tenute a riproporre dette domande ai sensi

dell'art. 346 c.p.c., 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.

In attuazione di tale principio, **Sez. L, n. 20726/2019, Boghetich, Rv. 654794-01** ha statuito che, anche a fronte di una domanda di condanna in forma generica, il convenuto che assuma che il proprio debito sia in tutto o in parte prescritto ha l'onere di sollevare la relativa eccezione nei termini di legge, a pena di decadenza, e se non accolta, di reiterarla in appello, ai sensi dell'art. 346 c.p.c. integrando, tale profilo, una questione preliminare di merito, in quanto l'eventuale sussistenza della prescrizione fa venire meno ogni interesse della parte all'accertamento dell'esistenza del diritto azionato.

Sez. 5, n. 33580/2019, Fuochi Tinarelli, Rv. 656393-01 ha affrontato la questione concernente l'onere di riproposizione della domanda non esaminata statuendo che qualora la sentenza impugnata, nel definire il giudizio, abbia deciso esclusivamente una questione preliminare di rito, i motivi di appello, che hanno la finalità di denunciare gli errori di diritto o l'ingiustizia della decisione, non possono concernere anche il merito della domanda che non ha formato oggetto della pronuncia, e che pertanto è sufficiente che l'appellante abbia riproposto, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., la domanda non esaminata.

Nel caso di appello da parte dell'attore vittorioso il quale chieda il riconoscimento di una somma maggiore di quella riconosciutagli, il convenuto soccombente in primo grado, ma vittorioso quanto alla domanda di garanzia nei confronti del terzo che egli abbia chiamato in causa, non deve proporre appello incidentale condizionato essendo sufficiente che egli chieda l'estensione della garanzia per l'evenienza che la sentenza di appello accolga la domanda dell'attore per un importo maggiore di quello riconosciuto dal tribunale. Tale onere sussiste, invece, nella diversa ipotesi in cui sia stato vittorioso ed intenda essere garantito per il caso di accoglimento totale o parziale del gravame principale proposto nei suoi confronti dall'attore soccombente (**Sez. 2, n. 23948/2019, Scarpa, Rv. 655358-03**).

Il tema è stato affrontato anche con riguardo all'ipotesi specifica del giudizio di rinvio reputandosi che in tal caso il giudice di merito, se è tenuto ad uniformarsi al principio di diritto enunciato dalla Corte per le questioni già decise, per gli altri aspetti della controversia rimasti impregiudicati o non definiti nelle precorse fasi del giudizio deve esaminare *ex novo* il fatto della lite e pronunciarsi su tutte le eccezioni sollevate e pretermesse nei precedenti stati processuali, indipendentemente dalla relativa riproposizione, senza che rilevi l'eventuale contumacia della parte interessata, che non può implicare rinuncia o abbandono delle richieste già specificamente rassegnate od acquisite al giudizio. A ciò consegue che dalla contumacia della parte nel giudizio di rinvio non può derivare la rinuncia alle

domande riproposte nel grado di appello e che, pertanto, non sussiste alcuna preclusione da giudicato interno (**Sez. 5, n. 4070/2019, Zoso, Rv. 652593-01**).

Quanto, infine, alla verifica dell'avvenuta impugnazione, o meno, di una statuizione contenuta nella sentenza di primo grado, **Sez. 1, n. 7499/2019, Pazzi, Rv. 653628-01** ha statuito che la S.C. non è vincolata all'interpretazione compiuta dal giudice di appello, ma ha il potere-dovere di valutare direttamente gli atti processuali per stabilire se, rispetto alla questione su cui si sarebbe formato il giudicato, la funzione giurisdizionale si sia esaurita per effetto della mancata devoluzione della questione nel giudizio di appello, con conseguente preclusione di ogni esame della stessa, purché il ricorrente non solo deduca di aver ritualmente impugnato la statuizione, ma - per il principio di autosufficienza - indichi elementi e riferimenti atti ad individuare, nei suoi termini esatti e non genericamente, il contenuto dell'atto di appello a questo preciso proposito, non essendo tale vizio rilevabile *ex officio*.

CAPITOLO I

LA GIURISDIZIONE IN GENERALE E IL REGOLAMENTO PREVENTIVO DI GIURISDIZIONE

(DI ANGELO NAPOLITANO)

SOMMARIO: - 1. Premessa: la questione di giurisdizione. – 2. La questione di giurisdizione e le preclusioni processuali al suo rilievo: l'orientamento precedente alle Sez. U. n. 24883/2008 – 3. Il regolamento preventivo di giurisdizione – 4. Il regolamento di giurisdizione e la *translatio iudicii*.

1. Premessa: la questione di giurisdizione.

La giurisdizione ben può essere definita come la misura della *potestas iudicandi* attribuita al giudice dall'ordinamento giuridico con riferimento alla cognizione di una controversia.

La questione di giurisdizione è strettamente connessa alla domanda di tutela di una situazione giuridica soggettiva attraverso un giudizio, sicché il momento determinante della giurisdizione coincide con quello della proposizione della domanda (art. 5 c.p.c.).

Si può affermare, pertanto, sul piano teorico, che, data una “*regiudicanda*”, ciascun giudice dell'ordinamento è, in astratto, munito del potere di deciderla, tant'è vero che se la decisione emessa nonostante il difetto di giurisdizione passasse in giudicato, essa farebbe “stato” ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Tuttavia, il giudice adito rispetto ad una controversia deve interrogarsi se essa possa essere decisa nel merito o se il potere di deciderla sia stato attribuito, in concreto, dall'ordinamento, al giudice di un diverso plesso giurisdizionale.

La disposizione che attribuisce al giudice ordinario il potere di definire in rito il giudizio nel caso in cui egli ritenga di non essere munito del potere di pronunciare una decisione di merito è l'art. 37 c.p.c.

La questione della sussistenza o meno in capo al giudice di un determinato plesso giurisdizionale del potere di definire nel merito la controversia portata alla sua cognizione può essere *preventivamente* sollevata dinanzi alle Sezioni Unite della S.C. da una delle parti in contesa, compreso colui che abbia scelto di instaurare la causa dinanzi a quel giudice.

Sul punto, infatti, Sez. U., n. 32727/2018, Lombardo, Rv. 65209601, hanno affermato che il regolamento preventivo di giurisdizione può essere proposto anche dall'attore, sussistendo, in presenza di ragionevoli dubbi sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito, un interesse concreto ed immediato alla risoluzione della questione da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in via

definitiva, per evitare che la sua risoluzione possa incorrere in successive modifiche nel corso del giudizio, ritardando la definizione della causa, anche al fine di ottenere un giusto processo di durata ragionevole.

Tuttavia, nel caso in cui l'attore abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito, egli non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto, in quanto non soccombente su tale autonomo capo della decisione (Sez. U., n. 22439/2018, Giusti, Rv. 650463-01).

Tale orientamento è stato ribadito anche in seguito.

Si è deciso, infatti, che, in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato, la parte ricorrente che abbia allegato, come indefettibile presupposto della domanda, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che l'intimato abbia esercitato l'opposizione ex art. 48 c.p.a., né abbia contestato la sussistenza di tale presupposto, eventualmente proponendo regolamento preventivo di giurisdizione, non può proporre ricorso per cassazione ex art. 111, comma 8, Cost. e art. 362 c.p.c. avverso il decreto del Presidente della Repubblica che abbia deciso il ricorso su conforme parere del Consiglio di Stato reso sull'implicito, o esplicito, presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente (**Sez. U., n. 29081/2019, Perrino, Rv. 656057 - 01**).

Tuttavia, il regolamento preventivo di giurisdizione è esperibile anche nell'ambito del procedimento attivato dal ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Infatti, ove l'amministrazione intimata abbia proposto opposizione al ricorso ex art. 48 c.p.a., senza contestare la giurisdizione amministrativa, e il TAR l'abbia dichiarata inammissibile per tardività, rimettendo gli atti all'amministrazione per la prosecuzione del procedimento in sede straordinaria, il regolamento preventivo di giurisdizione, con il quale l'amministrazione deduca in tale sede l'insussistenza della giurisdizione amministrativa, presupposto indefettibile del ricorso straordinario al Capo dello Stato ex art. 7, comma 8, c.p.a., ben può essere proposto fino al momento della pronuncia del parere del Consiglio di Stato che, formando il contenuto sostanziale della conforme decisione giustiziale del Presidente della Repubblica, ne costituisce l'antecedente necessario e segna il momento preclusivo per far valere il difetto del presupposto della decisione (**Sez. U., n. 1413/2019, Genovese, Rv. 652244-01**).

Il rilievo della questione di giurisdizione potrebbe entrare in conflitto con il principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, comma 2, Cost., considerata l'apparente assenza di preclusioni nel testo dell'art. 37 c.p.c.

Con riferimento ai tempi processuali entro i quali è possibile rilevare il difetto di giurisdizione del giudice adito, l'art. 37 c.p.c. dispone che il difetto di giurisdizione

del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio in qualunque stato e grado del processo.

L'art. 37 c.p.c. indica tre diversi rapporti nei quali può venire in rilievo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario: A) Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione; B) Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dei giudici speciali; C) Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice straniero (secondo l'art. 11 della legge n. 218 del 1995).

Il difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione ha, ormai, una scarsissima incidenza statistica.

Esso identifica l'improponibilità assoluta della domanda, in quanto si riferisce alla deduzione in giudizio di una questione sfornita del tutto di tutela giurisdizionale, in quanto il soggetto che agisce fa valere in giudizio un mero interesse di fatto, che non assume la sostanza né di diritto soggettivo, né di interesse legittimo.

A proposito del difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, si è detto che esso solo formalmente appartiene al novero delle pronunce meramente processuali, ma sostanzialmente rappresenta un'ipotesi di rigetto nel merito della domanda per insussistenza della situazione giuridica di cui si è chiesta la tutela.

Le altre due ipotesi di difetto di giurisdizione, quello nei confronti dei giudici che non appartengono all'ordine giudiziario e quello nei confronti dei giudici stranieri, invece, sono quelle davvero rilevanti dal punto di vista della prassi giudiziaria.

Con riferimento ai rapporti tra diverse giurisdizioni all'interno dell'ordinamento nazionale, ed in particolare con riguardo al deferimento a collegio arbitrale, mediante convenzione stipulata nella vigenza dell'art. 6, comma 2, della legge n. 205 del 2000, di controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la Suprema Corte ha chiarito che si pone una questione di rapporto tra le differenti giurisdizioni, ordinaria e speciale, e non una questione di merito circa la validità della compromissione in arbitrato della controversia. Pertanto, deve essere applicato, ai sensi dell'art. 5 c.p.c., il sopravvenuto art. 12 del d.lgs. n. 104 del 2010, che generalizza la possibilità di risolvere mediante arbitrato rituale le predette controversie, con conseguente ravvisabilità della giurisdizione degli arbitri (**Sez. U., n. 27847/2019, Bruschetta, Rv. 655590-01**).

Il regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile anche avverso le decisioni del giudice amministrativo rese nel giudizio di ottemperanza, trattandosi di procedimento a natura non esclusivamente esecutiva, giacché il giudice amministrativo gode, in sede di ottemperanza, di poteri cognitivi che implicano la

potestà di interpretare, integrare e precisare, pur se entro determinati limiti, il “*dictum*” del giudice della cognizione, senza che assuma rilievo il consolidamento della giurisdizione nell’ambito del giudizio presupposto, che ha avuto un oggetto diverso (**Sez. U., n. 4880/2019, Acierno, Rv. 652853-01**).

Con riferimento ai rapporti con il giudice straniero, il quadro normativo, rispetto all’originario testo dell’art. 37 c.p.c., è radicalmente mutato in seguito alla legge n. 218 del 1995, ed in particolare in seguito al regolamento comunitario n. 44 del 2001.

Con riferimento al rapporto tra la legge n. 218 del 1995 e le fonti unionali incidenti sulla giurisdizione, è da segnalare **Sez. U. n. 12585/2019, Virgilio, Rv. 653932-01** che hanno affermato che la clausola di deroga della giurisdizione, stipulata ai sensi dell’art. 25 del Regolamento UE n. 1215 del 2012, è valida anche nel caso in cui riguardi una controversia relativa a diritti indisponibili, non potendo prevalere sulla disciplina di fonte unionale l’art. 4, comma 2, della legge n. 218 del 1995, il quale, nel prevedere un’ipotesi di inderogabilità convenzionale non contemplata dalla prima, ne pregiudica “*in parte qua*” l’applicazione, in contrasto con i caratteri di diretta applicabilità e cogenza e con la finalità di unificazione delle norme nazionali in materia, ad essa attribuiti dai “*considerando*” 4 e 6 del citato regolamento.

Ancora in tema di rapporti tra giurisdizione nazionale e giudice straniero, si è chiarito che non è esperibile e deve essere dichiarato inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione nel caso di conflitto fra clausole di proroga della giurisdizione che attribuiscono la competenza a giudici di paesi diversi dell’Unione europea, relativamente a controversie in cui sussista una ipotesi di litispendenza o connessione, qualora il giudice straniero sia stato preventivamente adito in base a una clausola di attribuzione esclusiva della giurisdizione rispetto al giudice italiano successivamente adito anch’esso in base a una clausola attributiva in via esclusiva della giurisdizione (**Sez. U., n. 12638/2019, Bisogni, Rv. 653936-02**).

Inoltre, il regolamento preventivo di giurisdizione non può essere utilizzato per contestare l’attribuzione della cognizione di una domanda giudiziale ad un foro rispetto ad un altro appartenente ad uno stesso plesso giurisdizionale nazionale. Sicché, nell’ipotesi di clausola contrattuale che, ai fini della determinazione della giurisdizione del giudice di un singolo Stato, indichi anche lo specifico foro di quello Stato presso il quale deve svolgersi la causa, il rimedio esperibile per contestare l’azione proposta davanti ad un foro diverso, appartenente tuttavia allo stesso ordinamento nazionale, non è il regolamento di giurisdizione, poiché la prospettazione integra una questione di competenza territoriale che deve essere fatta valere nei termini e nei modi della legge processuale del giudice che ha la giurisdizione, senza che, in assenza di una sentenza sulla competenza, il ricorso per

regolamento di giurisdizione sia suscettibile di conversione in ricorso per regolamento di competenza (**Sez. U., n. 5195/2019, Campanile, Rv. 652861-01**).

Tra le novità più rilevanti portate dalla legge n. 218 del 1995, deve ricordarsi che ai sensi degli artt. 64 e 65 è ormai sancita la regola in base alla quale le sentenze delle autorità straniere sono immediatamente efficaci senza bisogno della cd. “delibazione”.

Inoltre, il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti del giudice straniero non è più rilevabile d’ufficio in ogni stato e grado del processo, ma lo è solo in tre casi: se il convenuto è contumace; se la causa ha ad oggetto azioni reali relativi a beni immobili che si trovano all’estero; se il difetto di giurisdizione è previsto da trattati internazionali.

Al di fuori di queste ipotesi, il difetto di giurisdizione deve essere eccepito dal convenuto nel suo primo atto difensivo e, se questi non propone l’eccezione, il giudice non potrà declinare la giurisdizione.

2. La questione di giurisdizione e le preclusioni processuali al suo rilievo: l’orientamento precedente alle Sez. U. n. 24883/2008.

Uno dei problemi più dibattuti in tema di giurisdizione è quello della portata della previsione, contenuta nell’art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di tale presupposto processuale è rilevabile in ogni stato e grado del processo.

Prima della pronuncia delle Sez.U. n. 24883/2008, la giurisprudenza si era attestata sul seguente criterio: se il giudice decide sul merito nulla dicendo circa la giurisdizione, l’impugnazione solo sul merito devolve al giudice superiore il potere di rilevare d’ufficio la questione di giurisdizione, fermo restando il potere della parte soccombente di eccepirne il difetto.

Ne deriva, innanzitutto, che la decisione sulla giurisdizione sottrae la questione al rilievo di ufficio, attivando il meccanismo di cui all’art. 329, comma 2, c.p.c.: la decisione con cui il giudice conferma la propria giurisdizione può essere contrastata soltanto con l’impugnazione del relativo capo di pronuncia.

In secondo luogo, se la decisione sul merito passa in giudicato, l’esistenza del potere giurisdizionale in capo al giudice che l’ha pronunciata non può più essere messa in discussione.

Con la sentenza a Sez. U., n. 24883/2008, Merone, Rv. 604576-01, la S.C. ha stabilito, invece, che l’interpretazione dell’art. 37 cod. proc. civ., secondo cui il difetto di giurisdizione *“è rilevato, anche d’ufficio, in qualunque stato e grado del processo”*, deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo (*“asse portante della nuova lettura della norma”*), della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e

dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. All'esito della nuova interpretazione della predetta disposizione, volta a delinearne l'ambito applicativo in senso restrittivo e residuale, ne consegue che: 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 cod. proc. civ. (coincidente con la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito "per saltum", non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito.

Una particolare declinazione degli esposti principi la si trova in Sez. U., n. 04997/2018, Lombardo, Rv. 647166-02, secondo cui "le sentenze di merito che statuiscano sulla giurisdizione sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato esterno, sì da spiegare i propri effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state rese, solo in quanto in esse la pronuncia sulla giurisdizione, sia pure implicita, si coniughi con una di merito, fermo restando che tale efficacia presuppone il passaggio in giudicato formale delle sentenze stesse ed è limitata a quei processi che abbiano per oggetto cause identiche, non solo soggettivamente ma anche oggettivamente, a quelle in cui si è formato il giudicato esterno". Nella specie, la S.C. ha escluso che la sentenza del TAR, con la quale era stato dichiarato inammissibile, per difetto di interesse, il ricorso proposto dal privato avverso un provvedimento comunale, avesse determinato un giudicato esterno esplicito sulla giurisdizione.

Ed ancora, sul rapporto logico di presupposizione dell'esistenza del potere giurisdizionale in una pronuncia di rito, è paradigmatico l'arresto di Sez. U., n. 04361/2018, Scarano, Rv. 647315-01: "la decisione sulla competenza presuppone

l'affermazione, quantomeno implicita, da parte del giudice investito della causa, della propria giurisdizione, sicché, attribuita la competenza, in sede di regolamento, ad un giudice, quest'ultimo non può successivamente negare la sua giurisdizione".

Al di là della tenuta, sul piano logico formale, della svolta interpretativa delle Sezioni Unite, ed al di là dell'aderenza di tale svolta al testo dell'art. 37 c.p.c., ciò che emerge nettamente dal percorso motivazionale tracciato dalla S.C. è la dichiarata volontà di dare all'art. 37 c.p.c. una lettura che favorisca, al di fuori di una esplicita doglianza di parte in sede di impugnazione, la stabilizzazione della sentenza di merito nell'ottica di un processo che abbia anche una ragionevole durata, e che dunque non rischi, dopo il primo grado, di essere "azzerato" pur in mancanza del rilievo del difetto di giurisdizione da parte del primo giudice o di una impugnazione della parte in punto di giurisdizione.

Secondo le citate Sezioni Unite, l'art. 37, comma 1, c.p.c., nell'interpretazione tradizionale, basata sulla lettera della legge, non realizza un corretto bilanciamento dei valori costituzionali in gioco e produce una ingiustificata violazione del principio della ragionevole durata del processo e dell'effettività della tutela (artt. 24 e 111 Cost.).

Nel solco di tale interpretazione dell'art. 37 c.p.c. coordinata con il principio della ragionevole durata del processo, si pone la recente **Cass., sez. 5, n. 25493/2019, Perrino, Rv. 655411-01**, che ha affermato che nel processo tributario, la mera prospettazione della questione di giurisdizione (contenuta nel ricorso per cassazione avverso la sentenza della CTR che abbia inammissibilmente rilevato d'ufficio il difetto della giurisdizione implicitamente affermata dalla decisione di primo grado) consente alla Corte di cassazione di accertare il consolidamento in capo al giudice tributario della "*potestas iudicandi*" per effetto della formazione, a suo beneficio, di un giudicato implicito sulla relativa attribuzione e, quindi, senza che venga statuita la cogenza di quest'ultima alla stregua del quadro normativo, ponendosi d'ostacolo, in sede di legittimità, soltanto la pronuncia di secondo grado che decida, ancorché implicitamente, sull'esistenza o meno del giudicato interno, rimovibile solo per effetto di una espressa impugnazione.

3. Il regolamento preventivo di giurisdizione.

Il regolamento preventivo di giurisdizione può essere definito come lo strumento per poter sollevare, prima ancora di qualsiasi decisione, la questione dell'esistenza della *potestas iudicandi* in capo al giudice adito.

Si tratta di un rimedio preventivo attraverso il quale si sottopone alla Corte di Cassazione l'esame della questione di giurisdizione, allo scopo di evitare che si

proceda in un giudizio relativo ad una controversia o ad un “affare” con riferimento al quale il giudice adito sia privo di giurisdizione.

Il problema maggiore che la disposizione dell’art. 41, comma 1, c.p.c. ha sempre posto è quello del termine entro il quale esso può essere proposto.

Il punto fermo era che sia la sentenza di merito, non definitiva, sia la pronuncia di una sentenza definitiva di rito precludevano la proponibilità del regolamento preventivo.

Ne derivava, ad esempio, che non si riteneva preclusiva della proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione la sentenza che si fosse limitata ad affermare la giurisdizione in capo al giudice adito.

Il regolamento preventivo di giurisdizione, e l’esigenza, sottesa a tale strumento processuale, che il dubbio sull’esistenza della *potestas iudicandi* in capo al giudice adito sia sciolto “*in limine litis*”, e comunque prima che quest’ultimo si pronunci sul merito della domanda o definisca il giudizio in rito, si aggancia all’art. 65 dell’ordinamento giudiziario (r.d. n. 12 del 1941), a norma del quale *la Corte Suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni*.

La pronuncia della S.C. resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione ha efficacia cd. panprocessuale: vale per tutti i processi.

Quindi, anche se il processo *a quo* si estingue e si instaura un nuovo processo tra le stesse parti, l’efficacia della pronuncia delle Sezioni Unite resta vincolante.

Questa regola è stata “codificata” nell’art. 59, comma 1, della l. n. 69 del 2009, a norma del quale la pronuncia sulla giurisdizione, resa dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, è vincolante per ogni giudice ordinario o speciale e per le parti anche in un altro processo.

Sull’efficacia vincolante della pronuncia sulla giurisdizione sono recentemente intervenute le **Sez. U. n. 11161/2019, Genovese, Rv. 653897-01**, che hanno affermato che per il principio del “*ne bis in idem*”, secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, l’efficacia panprocessuale delle pronunce della Suprema Corte sulla giurisdizione non si realizza soltanto quando la nuova domanda sia proposta in termini identici sotto tutti i profili della struttura dell’azione (“*personae*”, “*causa petendi*” e “*petitum*”), ma anche quando il “*petitum*” sostanziale della nuova domanda sia identico a quello della domanda già proposta, con la conseguenza che il regolamento preventivo di giurisdizione, proposto nel nuovo processo ex art. 41 c.p.c., è inammissibile.

Un arresto fondamentale nell’evoluzione interpretativa dell’art. 41, comma 1, Cost., è stato quello di Sez. U., n. 04218/1996, Finocchiaro, Rv. 497431-01, che, argomentando dalla formulazione dell’art. 367 c.p.c. in seguito alla legge n. 353 del 1990, e dalla impossibilità di configurare una sospensione automatica dei termini di impugnazione della sentenza emessa dal giudice “*a quo*” per effetto della

proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, hanno concluso per la non proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione dopo che il giudice abbia emesso una qualsiasi decisione nel corso del processo di merito.

L'istanza di regolamento preventivo si propone con ricorso a norma degli artt. 364 e ss. c.p.c., e produce gli effetti di cui all'art. 367 c.p.c.

Sez. U., n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-01 hanno chiarito che il regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile anche in pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, poiché l'adozione del provvedimento monitorio non costituisce decisione nel merito ai sensi dell'art. 41 c.p.c.

Con riferimento all'attivabilità dello strumento processuale previsto dall'art. 41 c.p.c. nel caso in cui la lite pendente sia soggetta alla giurisdizione del giudice straniero, la Suprema Corte, in relazione alla richiesta di una parte processuale con sede in Italia di stabilire la giurisdizione in presenza di un patto contrattuale teso a devolvere ad un arbitrato straniero la lite promossa in via monitoria nei suoi confronti davanti al giudice italiano, ha chiarito che nel sistema di diritto internazionale privato disciplinato dalla legge n. 218 del 1995, l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione proposta dal convenuto residente o domiciliato in Italia è sempre ammissibile, purché l'istante dimostri l'esistenza di uno specifico interesse a ricorrere a questo specifico strumento al fine di escludere la giurisdizione nazionale davanti alla quale sia stato convenuto. In tal caso, qualora, in pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, in seguito all'esperimento del regolamento preventivo di giurisdizione, sia stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice nazionale, si determina una improseguibilità del giudizio di merito, in quanto il giudice italiano, pure avendo avuto il potere di adottare il provvedimento poi opposto, non ha più quello di decidere la relativa controversia, se non limitandosi a dichiarare la nullità del ridetto decreto monitorio. (Sez. U., n. 22433/2018, Genovese, Rv. 650459-02, Rv. 650459-03)

Con riferimento alla giurisdizione del giudice italiano, Sez. U., n. 29879/2018, Giusti, Rv. 651441-01 hanno affermato che il regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 41 c.p.c., per sollevare una questione concernente il difetto di giurisdizione del giudice italiano, è ammissibile non solo allorché il convenuto nella causa di merito sia domiciliato o residente all'estero, ma anche quando lo stesso, pur domiciliato o residente in Italia, contesti la giurisdizione italiana in forza di una deroga convenzionale a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero.

Con riferimento al procedimento, Sez. 6-3, n. 20045/2018, De Stefano, Rv. 650292-01 ha chiarito che il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione non si sottrae alle regole generali del giudizio di legittimità, e pertanto deve essere

sottoscritto, a pena di inammissibilità, da un avvocato munito di valida procura speciale.

Come si diceva poc'anzi, il codice di rito, con l'art. 41, ha inteso forgiare uno strumento per la risoluzione preventiva della questione di giurisdizione. Coerentemente, dunque, Sez. U., n. 14435/2018, De Stefano, Rv. 648947-01 hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto contro una sentenza del TAR declinatoria della giurisdizione, in quanto essa è impugnabile soltanto con l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, ai sensi degli artt. 9, 100 e 105 del d.lgs. n. 104 del 2010, non potendo essere convertito, il detto ricorso, né in regolamento preventivo di giurisdizione, né in denuncia di conflitto reale di giurisdizione, in mancanza, per quest'ultima ipotesi, di una previa declinatoria di giurisdizione anche di un altro giudice.

A norma dell'art. 367, comma 1, c.p.c., dopo che una copia del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, notificata alle altre parti, è depositata nella cancelleria del giudice davanti al quale pende la causa, quest'ultimo può sospendere il processo se non ritiene l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata.

Prima della novella recata con l. n. 353 del 1990, il cui art. 61 ha riformulato il comma 1 della disposizione citata, la sospensione del giudizio di merito era una conseguenza necessaria ed automatica della proposizione dell'istanza di regolamento.

Ora, dunque, in seguito all'art. 61 della legge n. 353 del 1990, che ha riformulato il primo comma dell'art. 367 c.p.c., potrebbe accadere che, proposta istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, la definizione del giudizio di merito preceda la decisione della Suprema Corte.

Sul punto, Sez. U., n. 11576/2018, Campanile, Rv. 648273-01 hanno deciso che l'emissione della sentenza ad opera del giudice di merito non determina la carenza d'interesse alla decisione della Corte di Cassazione sul regolamento preventivo di giurisdizione proposto anteriormente ad essa, dovendosi considerare la decisione del giudice di merito come pur sempre condizionata al riconoscimento della giurisdizione all'esito della definizione del regolamento.

La Suprema Corte ha avuto anche modo di pronunciarsi sui limiti soggettivi di efficacia delle sue decisioni rese in sede di regolamento preventivo di giurisdizione.

In particolare, Sez. U., n. 06929/2018, De Stefano, Rv. 647661-01 hanno chiarito che il giudicato sulla giurisdizione, formatosi all'esito di una istanza di regolamento proposta nell'ambito di un giudizio su cause inscindibili (perché le domande sono avvinte da un legame di connessione teleologica o dall'identità della "*causa petendi*"), è irretrattabile per tutte le parti del processo nel cui ambito detto giudicato si è formato, le quali sono litisconsorti necessari nel procedimento ex art.

41 c.p.c., ma non vincola anche coloro che sono intervenuti nel medesimo giudizio dopo la formazione del giudicato, che, pertanto, a differenza dei primi, possono ancora sollevare la questione di giurisdizione, anche facendo valere il successivo mutamento di giurisprudenza sulla materia (nel caso di specie, la Corte ha era stata chiamata a regolare la giurisdizione della Corte dei Conti in un giudizio di responsabilità per danni cagionati nella gestione di una società a partecipazione pubblica non *"in house providing"*).

Con riferimento all'istanza di regolamento preventivo proposta nell'ambito del giudizio amministrativo, Sez. U., n. 04899/2018, Frasca, Rv. 647563-01 hanno stabilito che essa può essere proposta con ricorso notificato prima dell'udienza di discussione, essendo tale udienza indefettibile nell'ambito del procedimento decisorio delineato dall'art. 73 del d.lgs. n. 104 del 2010.

Constando il procedimento per cassazione della notifica del ricorso e, successivamente, del suo deposito, si è posto il problema di quando possa essere definita come proposta l'istanza di regolamento preventivo di competenza ai fini della sua ammissibilità.

Sul punto, si segnala Sez. U., n. 04997/2018, Lombardo, Rv. 647166-01, che hanno deciso che ai fini della verifica della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione nella pendenza del giudizio di primo grado, e della sua conseguente ammissibilità, assume rilievo la data della notifica e non del deposito del ricorso ad esso finalizzato.

Dal momento che, anche sotto la spinta del diritto comunitario, le funzioni pubbliche non sono più sempre esercitate da soggetti formalmente pubblici, si è stabilito che il regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile anche in un giudizio che si svolga fra privati, in quanto la mera qualità soggettiva delle parti non è più un criterio discriminante assoluto per stabilire l'ammissibilità del detto strumento. Al contrario, per verificare l'ammissibilità del ricorso preventivo di giurisdizione, occorre esaminare se il *"petitum"* e la *"causa petendi"*, così come prospettati in giudizio, possano, effettivamente ed in concreto, porre il dubbio sulla giurisdizione.

Con riferimento al termine ultimo per la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, Sez. U., n. 02144/2018, Giusti, Rv. 647037-01 hanno chiarito che la preclusione alla proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, prevista dall'art. 41, comma 1, c.p.c., di regola si verifica non al momento della pubblicazione del provvedimento decisorio di merito di primo grado, ma da quello, precedente, in cui la causa viene trattenuta in decisione. Tuttavia, qualora il giudice, dopo aver trattenuto la causa in decisione assegnando i termini per le scritture conclusionali, sospenda il processo ai sensi dell'art. 367 c.p.c., tale termine finale non opera, posto che, in questo caso, per effetto del

provvedimento di sospensione, la pronuncia sul regolamento recupera la funzione di consentire una sollecita definizione della questione di giurisdizione, nonostante che l'istanza di regolamento sia stata proposta dopo la rimessione della causa in decisione.

Si tratta di un'applicazione del principio della ragionevole durata del processo, che "consiglia" (o, per meglio dire, "impone") alla Suprema Corte di eliminare il dubbio sollevato sulla giurisdizione, che comunque potrebbe essere riprospettato in appello, ed eventualmente in Cassazione tramite gli ordinari mezzi di impugnazione, una volta che il processo sospeso riprendesse in seguito ad un eventuale pronuncia di inammissibilità dello strumento preventivo e giungesse fino a sentenza definitiva di merito.

4. Il regolamento di giurisdizione e la *translatio iudicii*.

Un lungo tempo la pronuncia declinatoria di giurisdizione era uno spettro per chi chiedeva giustizia.

Nei giudizi impugnatori essa poteva vanificare l'accesso alla tutela giurisdizionale, in quanto non era prevista alcuna trasmigrazione della causa dall'uno all'altro plesso giurisdizionale.

In seguito a Sez. U., n. 04109/2007, Trifone, Rv. 595428-01, e a Corte Cost. n. 77 del 2007, non solo è stata introdotta la *translatio iudicii* tra giudici di diversi plessi giurisdizionali, ma, in virtù del corollario in base al quale la trasmigrazione del giudizio comporta la sua continuazione dinanzi al "nuovo" giudice, si è stabilito che l'originaria domanda proposta al giudice carente di giurisdizione spiegasse effetti conservativi sostanziali e processuali, se la riassunzione davanti al giudice indicato come munito di giurisdizione fosse tempestiva.

La lacuna normativa, denunciata sia dalla Suprema Corte che dalla Corte Costituzionale, è stata finalmente colmata dal legislatore con la legge n. 69 del 2009, che peraltro, oltre ad introdurre il regolamento di giurisdizione d'ufficio, prendendo a modello la disciplina dell'incompetenza, al comma 3 dell'art. 59 fa espressamente salvo il regolamento preventivo di giurisdizione.

In seguito all'entrata in vigore della legge citata, tuttavia, la S.C. ha ribadito i principi più volte espressi: il regolamento preventivo conserva la sua natura non impugnatoria, essendo un celere strumento per la definizione della questione di giurisdizione; le decisioni sulla giurisdizione sono suscettibili di passare in cosa giudicata formale; il passaggio in giudicato di tali sentenze preclude l'esperimento del regolamento preventivo di giurisdizione.

A proposito della natura non impugnatoria del regolamento preventivo di giurisdizione, **Sez. U., n. 22575/2019, Scarano, Rv. 655112-01** hanno affermato

che l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, essendo solo uno strumento per risolvere in maniera preventiva ogni contrasto, reale o potenziale, sulla "*potestas iudicandi*" del giudice adito, può anche non contenere specifici motivi di ricorso, e cioè l'indicazione del giudice avente giurisdizione o delle norme e delle ragioni su cui si fonda, ma deve recare, a pena di inammissibilità, l'esposizione sommaria dei fatti di causa, in modo da consentire alla Corte di cassazione di conoscere dall'atto, senza attingerli "*aliunde*", gli elementi indispensabili per una precisa cognizione dell'origine e dell'oggetto della controversia, dello svolgimento del processo e delle posizioni in esso assunte dalle parti, sia pure in funzione della sola questione di giurisdizione da decidere.

La natura non impugnatoria del regolamento preventivo di giurisdizione comporta la non applicabilità, al relativo procedimento, dell'art. 360 bis c.p.c.

Il regolamento preventivo di giurisdizione, infatti, ha la funzione di provocare una decisione che accerti, in via definitiva ed immediata, se il giudice adito abbia o meno giurisdizione e, comunque, a quale giudice essa appartenga, giacché, da un lato, ove la soluzione della questione fosse riconducibile all'ambito dell'art. 360 bis, n. 1, c.p.c., in ogni caso occorrerebbe una statuizione in merito ad opera della Corte di cassazione, mentre, dall'altro, l'art. 360 bis, n. 2, c.p.c. risulterebbe comunque sempre applicabile, ma in positivo, risultando l'individuazione della giurisdizione, per definizione, conforme alla logica del giusto processo (**Sez. U., n. 3886/2019, Frasca, Rv. 652850-01**).

Occorre notare che quando il giudice ordinario dichiara il difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, non opera il meccanismo della *translatio*, né quando il difetto è dichiarato nei confronti di un giudice straniero, trattandosi, nel primo caso, di un apparato burocratico estraneo all'amministrazione della giustizia; nel secondo caso, di un giudice estraneo all'ordinamento giuridico statale, nei confronti del quale nessuna norma sovranazionale prevede la traslazione di cause instaurate dinanzi a giudici italiani.

Il processo che, a seguito di tempestiva riassunzione conseguente ad una pronuncia declinatoria della giurisdizione, si instaura innanzi al giudice indicato come munito di essa, non è un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio sicché, mentre nella ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 59, comma 3, della l. n. 69 del 2009 (e dell'art. 11, comma 3, del c.p.a.) e sempre che la causa riassunta costituisca la riproposizione di quella originaria, il giudice successivamente adito può sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione, al contrario, nel giudizio riassunto non può essere sollevato il regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c., giacché la pronuncia declinatoria emessa nella prima fase integra una decisione sulla giurisdizione assunta nell'unitario giudizio e, pertanto, ostativa alla proposizione del regolamento preventivo, il quale è utilizzabile solo

nella prima fase del medesimo giudizio, ove tale decisione ancora manca (**Sez. U., n. 9683/2019, Carrato, Rv. 653557-01**).

La riassunzione nel processo di primo grado conseguente all'affermazione della competenza giurisdizionale dell'Autorità giudiziaria ordinaria, denegata nei gradi di merito e pronunciata dalla Corte di cassazione in seguito a ricorso ordinario per motivo attinente alla giurisdizione, va effettuata nel termine previsto, in via generale, dall'art. 362 c.p.c., e non nel termine di cui all'art. 367, comma 2, c.p.c., riguardante l'ipotesi di pronuncia, affermativa della giurisdizione del giudice ordinario, resa in sede di regolamento di giurisdizione, né in quello di cui all'art. 353, comma 2, c.p.c., né, infine, nei termini stabiliti dall'art. 50 c.p.c. o 59, comma 2, della legge n. 69 del 2009 (**Sez. L., n. 29623/2019, Bellè, Rv. 655712-01**).

Con riferimento alle modalità di proposizione del regolamento di giurisdizione d'ufficio, Sez. U., n. 11143/2017, De Stefano, Rv. 644051-01, hanno stabilito che, nel caso di *translatio iudicii* verso il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, al quale la causa sia stata rimessa dopo la declinatoria di giurisdizione da parte di un altro giudice, la questione di giurisdizione non può essere ulteriormente d'ufficio sottoposta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 59, comma 3, della l. n. 69 del 2009, se non viene sollevata dal giudice delegato all'istruzione alla prima udienza tenuta davanti a lui, ferma la competenza del collegio, cui la questione sia stata rimessa dal detto giudice, siccome privo di poteri decisori ma non del potere di rilevare d'ufficio questioni, a provvedere sul punto all'esito dell'udienza di discussione.

Sez. U., n. 05303/2018, Giusti, Rv. 647320-01 avevano ritenuto che il regolamento di giurisdizione d'ufficio chiesto dal giudice *ad quem* abbia, come indefettibile presupposto, la tempestiva riassunzione della causa, potendo d'altronde essere posta a base dell'istanza, da parte del giudice *ad quem*, non solo la carenza di giurisdizione di quest'ultimo riguardo al giudice *a quo*, ma anche rispetto ad un diverso giudice speciale indicato alternativamente come munito di giurisdizione sulla controversia.

Nella fattispecie, la controversia aveva ad oggetto il compenso per un incarico di collaborazione affidato da una commissione parlamentare ad un professionista esterno, e la S.C., equiparando la posizione del professionista a quella di un funzionario onorario e qualificando la sua situazione giuridica come interesse legittimo, ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo, escludendo quella degli organi parlamentari di autodichia in quanto, sulla base del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, di cui all'art. 5 c.p.c., la controversia era stata instaurata prima dell'entrata in vigore della delibera del Consiglio di Presidenza del Senato n. 180 del 2005, che aveva esteso la giurisdizione "domestica" agli atti e ai provvedimenti

amministrativi non concernenti i dipendenti o le procedure di reclutamento del personale.

In tema di limiti della *translatio iudicii* in seguito a pronuncia declinatoria della giurisdizione, Sez. U., n. 19045/2018, Giusti, Rv. 649753-01 avevano chiarito che il conflitto può essere sollevato dal giudice successivamente adito se, oltre a ricorrere gli altri requisiti (la tempestività della riproposizione della domanda; il non superamento del termine preclusivo della prima udienza; la mancanza di pronuncia delle Sezioni Unite nel processo, sulla questione di giurisdizione), la causa dinanzi a lui promossa costituisca riproposizione di quella per la quale il giudice preventivamente adito aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione. Ove, invece, si sia di fronte alla proposizione di una nuova ed autonoma domanda, di contenuto diverso da quella azionata nel precedente giudizio, il giudice adito successivamente non può investire direttamente le Sezioni Unite della Corte ai fini della risoluzione della questione di giurisdizione, ma è tenuto, se del caso, a pronunciarsi sulla stessa ai sensi dell'art. 37 c.p.c.

La *translatio iudicii* opera anche tra il processo dinanzi agli arbitri che abbiano rilevato di essere carenti di giurisdizione rispetto alla domanda ed il processo riassunto, senza che rilevi la mancata impugnazione della pronuncia arbitrale che abbia declinato la giurisdizione (**Sez. U., n. 1251/2019, Mercolino, Rv. 652243-01**).

Il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione può essere notificato sia presso l'Avvocatura generale dello Stato, sia presso la sede dell'Avvocatura distrettuale dello Stato nel cui distretto si trova l'autorità giudiziaria dinanzi alla quale pende la causa. Infatti, dalla natura e dalle funzioni del regolamento di giurisdizione, quale procedimento incidentale ed eventuale che sorge all'interno del giudizio di primo grado in corso, consegue che la notifica del ricorso va effettuata a norma del secondo comma dell'art. 11 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611; ciò non esclude che la notifica possa validamente effettuarsi ai sensi del primo comma dello stesso articolo, in applicazione del principio della ragionevole durata del processo, in base al quale vanno ridotte all'essenziale le ipotesi di nullità per vizi formali e va ampliata la doverosa collaborazione tra giudicante e procuratore costituito, in funzione di una sollecita definizione della controversia (**Sez. U., n. 5454/2019, Doronzo, Rv. 652976-01**).

Il regolamento preventivo di giurisdizione non è ammissibile nel corso del procedimento possessorio, prima della conclusione della fase sommaria o interdittale, e della introduzione della fase di merito ai sensi dell'art. 703, comma 4, c.p.c., atteso che l'art. 41 c.p.c., nello stabilire che la richiesta alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione possa essere formulata "finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado", richiede, quale condizione per la proposizione del detto

regolamento, che sia in corso l'esame di una causa nel merito in primo grado e che essa non sia stata ancora decisa (**Sez. U., n. 11220/2019, Genovese, Rv. 653603-01**).

Il regolamento preventivo di giurisdizione non è esperibile nemmeno nel corso del procedimento cautelare (**Sez. U., n. 6039/2019, Bruschetta, Rv. 652978-01**).

CAPITOLO II

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE ORDINARIO E GIUDICE AMMINISTRATIVO

(DI STEFANIA BILLI)

SOMMARIO: 1. Brevi premesse. – 2. Le sovvenzioni, i finanziamenti ed i canoni – 3. Le sanzioni amministrative. – 4. Gli appalti. – 5. Le vicende legate al patrimonio immobiliare. – 6. Le procedure ad evidenza pubblica ed i servizi in regime di concessione. – 7. L'attività sanitaria. – 8. Gli organi di autodichia e le autorità indipendenti. – 9. Gli enti. – 10. Le domande risarcitorie. – 11. Le attività di servizi telematici.

1. Brevi premesse.

Numerosi importanti arresti anche quest'anno sono intervenuti per dirimere questioni in materia di riparto di giurisdizione. Utilizzando i principali criteri di ripartizione per l'individuazione del giudice competente, la S.C. si è cimentata anche su nuove tematiche, rispondendo alla necessità sempre più frequente di adeguare ai rapidi cambiamenti della società anche il sistema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Per quanto concerne i principi ordinatori del sistema di ripartizione, con riferimento ai limiti dei poteri del giudice ordinario in materia di interessi pubblici e di illegittimità di atti amministrativi, **Sez. U, n. 6883/2019, Scarano, Rv. 652974–01**, ha ribadito, in linea con l'orientamento espresso da Sez. 3, n. 14762/2006, Massera, Rv. 590867–01, che quando in una controversia tra privati il giudice debba vagliare situazioni che presentano aspetti di pubblico interesse o possa trovarsi a scrutinare la legittimità di provvedimenti amministrativi, le questioni che insorgono circa i confini dei poteri al riguardo del giudice ordinario attengono, data l'estraneità della P.A. al giudizio, al merito e non alla giurisdizione. Le suddette questioni riguardano, infatti, l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario, quali il divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 4 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

Sez. U, n. 8673/2019, Acierno, Rv. 653558–01, ha fornito chiare linee guida con riguardo alla categoria dell'organismo di diritto pubblico, elaborata nel diritto eurounitario per individuare le cd. "amministrazioni aggiudicatrici", ovvero i soggetti tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, le cui controversie appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo.

La pronuncia ha fissato la regola della necessità della contestuale compresenza dei tre requisiti previsti dall'art. 3, lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, precisando che la relativa attività di interpretazione deve essere svolta privilegiando un

approccio non formalistico, ma funzionale. Ne consegue che la nozione di "personalità giuridica" va intesa in senso ampio, comprensiva anche degli enti di fatto. L'espressione "influenza pubblica dominante" deve essere integrata, poi, da almeno uno dei fattori previsti dalla citata norma, quali la partecipazione, il finanziamento o il controllo pubblico.

L'accertamento del requisito "teleologico" è, inoltre, diretto, a verificare, non solo, che l'attività sia rivolta alla realizzazione di un interesse generale, anche non in via esclusiva o prevalente, ovvero che sia necessaria a soddisfare tale interesse, ma anche che il soggetto, pur eventualmente operando in un mercato concorrenziale, non fondi la propria attività principale esclusivamente su criteri di rendimento, efficacia e redditività e non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività, i quali devono ricadere sulla P.A. controllante. Il servizio d'interesse generale, oggetto di detta attività, infine, non deve potere essere rifiutato per ragioni di convenienza economica.

Sez. U, n. 9678/2019, Scarano, Rv. 653595–01 ha, poi, analizzato la natura degli organismi privati autorizzati dal Ministero delle Politiche agricole e forestali, ai sensi del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 220, ad effettuare i controlli ed a rilasciare la certificazione biologica dei prodotti agricoli, disciplinata dal reg. n. 2092/1991/CEE, sostituito dal reg. n. 834/2007/CE e succ. modif. In particolare, essi non assumono la veste di P.A., ex art. 7, comma 2, c.p.a., né partecipano all'esercizio di un pubblico potere, perché svolgono un'attività ausiliaria, valutativa e certificativa, concernente prelievi e analisi, sotto la sorveglianza dell'autorità pubblica, che si sostanzia in apprezzamenti ed indagini da compiersi sulla base di criteri esclusivamente tecnici e scientifici. Tale attività è espressione di una discrezionalità meramente tecnica e, dunque, in relazione ad essa sorgono, in capo ai soggetti privati destinatari del controllo, posizioni di diritto soggettivo la cui tutela rientra nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria.

2. Le sovvenzioni, i finanziamenti ed i canoni.

In materia di finanziamenti va richiamato l'intervento chiarificatore operato da **Sez. U, n. 3166/2019, Giusti, Rv. 652495–01**, secondo cui è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia promossa per ottenere l'annullamento del provvedimento di revoca di un finanziamento pubblico, posto che concerne una posizione di diritto soggettivo tutte le volte in cui l'amministrazione abbia inteso far valere la decadenza del beneficiario dal contributo in ragione della mancata osservanza, da parte sua, di obblighi al cui adempimento la legge o il provvedimento condizionano l'erogazione.

Riguarda, invece, una posizione di interesse legittimo, con conseguente devoluzione al giudice amministrativo, quando la mancata erogazione del finanziamento, pur oggetto di specifico provvedimento di attribuzione, sia dipesa dall'esercizio di poteri di autotutela dell'amministrazione, la quale abbia inteso annullare il provvedimento stesso per vizi di legittimità o revocarlo per contrasto originario con l'interesse pubblico.

In forza del generale principio posto a base del riparto di giurisdizione in materia che attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione sulle domande fondate su situazioni giuridiche aventi la consistenza di diritto soggettivo, **Sez. U, n. 20055/2019, Perrino, Rv. 654840-01**, ha precisato che in tale alveo va ricondotta anche la domanda di restituzione degli importi versati in esito ad escussione di polizza fidejussoria in favore di ente pubblico, che abbia erogato un anticipo di un contributo in conto capitale ad una società per finalità pubbliche. In tale ipotesi, infatti, l'azione di ripetizione di indebito proposta è basata su un rapporto negoziale di natura privatistica, rispetto al quale la sovvenzione è irrilevante.

Rientra, viceversa, tra le controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 11, comma 5, della l. 7 agosto 1990, n. 241, oggi trasfuso nell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del c.p.a., secondo **Sez. U, n. 10377/2019, Giusti, Rv. 653599-01**, la cognizione delle controversie relative ai finanziamenti concessi in sede di formazione ed esecuzione di un patto territoriale, che costituisca espressione di un accordo integrativo o sostitutivo di un provvedimento. L'erogazione dei relativi contributi, sia in via provvisoria che in sede definitiva, implica, infatti, l'adozione, da parte della P.A., di decisioni istituzionali circa la corretta allocazione di risorse finanziarie destinate ad una programmazione negoziata, che vede coinvolti, in egual misura, soggetti pubblici e privati, nonché un sindacato sul corretto esercizio della ponderazione comparativa degli interessi valutati in sede di erogazione, postulando la sussistenza e la persistenza di un potere amministrativo incompatibile con la cognizione giurisdizionale del giudice ordinario.

Resta, invece, in capo a quest'ultimo la cognizione nel caso in cui il finanziamento sia riconosciuto direttamente dalla legge e alla P.A. venga solamente demandato il compito di verificare l'esistenza dei relativi presupposti senza alcun apprezzamento discrezionale sull'"an", sul "quid" e sul "quomodo". La pronuncia conferma l'orientamento a suo tempo espresso da Sez. U, n. 1132/2014, Travaglino, Rv. 629034-01.

Sul diverso versante degli incentivi previsti "ex lege", in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili per **Sez. U, n. 10020/2019, Vincenti, Rv. 653598-01**, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. o), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, la controversia introdotta dal

soggetto produttore, per il riconoscimento del diritto a godere degli incentivi previsti dall'art. 24, comma 5, lett. c) del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 e dall'art. 19 del d.m. 6 luglio 2012, indipendentemente dall'intermediazione di una convenzione stipulata con il gestore dei servizi energetici.

La pronuncia ha chiarito che la "procedura" menzionata da quest'ultima norma è quella prevista dal sopra citato art. 24 del d.lgs. n. 28 del 2011, che, al comma 2, prevede, tra i criteri per disciplinare il sistema, anche tali convenzioni, quali strumenti di regolazione volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche. Si tratta, pertanto, di negozi privatistici con funzione pubblicistica attinenti alla materia della "produzione di energia".

Con riguardo, infine, alle controversie relative al canone per il servizio di scarico e depurazione delle acque reflue, **Sez. 3, n. 13580/2019, Guizzi, Rv. 654194–01**, ha chiarito che, a partire dal 3 ottobre 2000 appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario per effetto dell'innovazione introdotta dall'art. 31, comma 28, della l. 23 dicembre 1998 n. 448 e del differimento della sua iniziale decorrenza (primo gennaio 1999) disposto dall'art. 62 del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, come modificato dall'art. 24 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 258.

La giurisdizione ordinaria va, tuttavia, esclusa, ad avviso della S.C., se il fruitore del servizio non ha dedotto il suo rapporto di utenza, bensì ha investito direttamente scelte discrezionali dell'amministrazione, contestando l'organizzazione del servizio sotto diversi profili. In tali ipotesi vengono contestate, infatti, in via principale le scelte discrezionali dell'ente, in ordine alla determinazione del canone, facendo valere una situazione giuridica qualificabile come interesse legittimo correlato ad un atto adottato dall'ente territoriale come autorità nell'esercizio di una potestà amministrativa e, dunque, al di fuori di un rapporto negoziale di tipo paritetico.

3. Le sanzioni amministrative.

Nell'ambito delle violazioni commesse nell'esercizio dell'attività bancaria, **Sez. U, n. 24609/2019, Scarano, Rv. 655499–01**, ha affermato che appartengono al giudice ordinario le controversie relative all'applicazione delle sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia, ai sensi dell'art. 145 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385. La pronuncia ha ben chiarito che in tale ipotesi la cognizione del giudice ordinario si estende agli atti amministrativi e regolamentari presupposti che hanno condotto all'emissione del provvedimento finale. Essi, infatti, costituiscono la concreta e diretta ragione giustificativa della potestà sanzionatoria esercitata nel caso concreto, incidendo direttamente su posizioni di diritto soggettivo del destinatario.

Le impugnazioni dei provvedimenti di irrogazione di sanzioni pecuniarie in materia valutaria, secondo **Sez. U, n. 15702/2019, Scrima, Rv. 654211-01**, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in applicazione dell'art. 13, comma 3, del d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109. Detta disposizione prevede che l'accertamento delle violazioni e l'irrogazione delle sanzioni in materia valutaria debba essere disciplinata dall'art. 32 del d.p.r. 31 marzo 1988, n. 148, cd. T.U. in materia valutaria, nel quale è previsto il rinvio alla l. 24 novembre 1981, n. 689. Ne consegue che, limitatamente alle fattispecie descritte dalla norma, va esclusa un'applicazione estensiva del successivo art. 14 del d.lgs. n. 109 del 2007 che stabilisce la giurisdizione del giudice amministrativo, individuato territorialmente nel TAR Lazio.

4. Gli appalti.

Come di consueto la materia degli appalti è stata oggetto di particolare attenzione da parte della S.C. In proposito, affrontando una prospettiva in generale **Sez. U, n. 23541/2019, Mercolino, Rv. 655119-01**, ha chiarito che, ai sensi dell'art. 133, lett. e), del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, presupposto necessario per la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, è che si tratti di appalto sottoposto all'applicazione del procedimento ad evidenza pubblica, in ragione della riconducibilità del suo oggetto all'ambito delle attività indicate negli artt. 115-121 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cd. Codice dei contratti pubblici, nonché dell'inquadramento del committente nelle categorie di soggetti indicate dall'art. 3 del medesimo d.lgs. Ne consegue che la giurisdizione del giudice amministrativo va esclusa allorché la stazione appaltante, pur non essendovi tenuta, si sia volontariamente vincolata all'osservanza del predetto regime pubblicistico, in tal modo procedimentalizzando l'individuazione in concreto dell'appaltatore.

Ulteriori precisazioni in tema di criteri di riparto provengono da **Sez. U, n. 18267/2019, Lamorgese, Rv. 654585-01**, secondo cui in materia di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e di concessione di servizi pubblici, la giurisdizione del giudice ordinario, riguardante le indennità, i canoni e altri corrispettivi, nella fase esecutiva del contratto di concessione, si estende anche alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione, incluse le conseguenze risarcitorie. Nelle richiamate ipotesi si verte, infatti, nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti. La pronuncia ha ribadito, poi, il principio generale per cui resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la P.A. eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge.

In tema di impugnazione di atti amministrativi ampliativi dell'oggetto del contratto in favore dell'aggiudicatario per **Sez. U, n. 28211/2019, Di Virgilio, Rv. 655591-01**, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la domanda con cui il terzo titolare di posizione differenziata, già partecipante alla gara e non aggiudicatario, contesti la sussistenza dei presupposti per la modifica o variazione del contratto durante il periodo di efficacia, previsti dall'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 ed invochi l'annullamento o la declaratoria di inefficacia degli atti amministrativi con cui la P.A. committente abbia ampliato l'oggetto dello stesso in favore dell'aggiudicatario. Si tratta, infatti, della deduzione di un'illegittima decisione dell'ente committente di procedere all'affidamento diretto dei lavori o servizi aggiuntivi in favore dell'aggiudicatario, senza indire un'ulteriore gara d'appalto, e, dunque, della prospettata lesione di un interesse legittimo del terzo a partecipare a tale gara.

Sotto il diverso profilo della revisione dei prezzi **Sez. U, n. 3160/2019, Greco, Rv. 652493-01**, ha provveduto a delimitare la generale portata assunta dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per effetto del disposto dell'art. 244 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prima, e dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a., poi, nella quale rientra ogni controversia concernente detta revisione, compreso il profilo del "quantum debeatur". In particolare, ha precisato che essa deve essere esclusa nel caso in cui sia in contestazione esclusivamente l'espletamento di una prestazione già puntualmente prevista nel contratto e disciplinata in ordine all'"an" ed al "quantum". Dando applicazione al principio del "petitum" sostanziale, si ritiene, dunque, sussistere in tal caso la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la domanda ha ad oggetto una mera pretesa di adempimento contrattuale, ossia l'accertamento di un diritto soggettivo, stante la natura paritetica della situazione in cui si trova la P.A.

Sulla base dei medesimi principi, **Sez. U, n. 540/2019, D'Ascola, Rv. 652242-01**, ha, di contro, affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia avente ad oggetto l'incameramento della cauzione prestata dalla partecipante alla gara, poi esclusa dalla stessa. In tal caso la questione non attiene alla fase esecutiva del rapporto, mai sorto, ma a quella deliberativa dell'aggiudicazione, in cui si configurano poteri pubblicistici della stazione appaltante, dipendendo la sorte della cauzione dall'adozione del provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara che ne è il presupposto e alla cui legittimità occorre aver riguardo.

Un'importante precisazione in tema di affidamento in via provvisoria del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, prima della conclusione della gara, è stato effettuato da **Sez. U, n. 13660/2019, Acierno, Rv. 654028-01**, secondo cui tale ipotesi non esclude la qualificazione giuridica della fattispecie in termini di

appalto di pubblico servizio, anche se il momento genetico del rapporto è determinato, non dalla stipula di un contratto, ma dalla delibera della giunta municipale di affidamento del servizio, sia pure prorogato con ordinanze contingibili e urgenti. E' stato chiarito, infatti, che, dopo l'affidamento, la natura del rapporto è comunque paritetica e l'esecuzione del menzionato servizio è disciplinata dalle regole contrattuali contenute nel capitolato speciale di appalto, accettate dall'impresa anche senza la formale conclusione del contratto.

Ne deriva che la controversia relativa alla corretta applicazione delle penali, previste dal capitolato speciale per il caso di irregolare espletamento del servizio, in forza delle ordinarie regole di riparto, è affidata al giudice ordinario, posto che la giurisdizione esclusiva attiene soltanto alla precedente fase di scelta del contraente, stabilita prima dall'art. 33, comma 2, lett. e), del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dall'art. 7 della l. 21 luglio 2000, n. 205 e poi dall'art. 133, comma 1, lett. p), dell'allegato 1 al d.lgs. n. 104 del 2010.

Sez. U, n. 9682/2019, Carrato, Rv. 653556–01, si è pronunciata sulla differente ipotesi in cui a distanza di tempo dalla scadenza di un contratto di appalto per la gestione del bar interno ad un ospedale, concluso a seguito di procedura di gara, segua la stipula, con affidamento diretto e senza l'esperimento di alcuna selezione pubblica, di un nuovo contratto di appalto con il medesimo concessionario ed a condizioni analoghe rispetto al precedente. In proposito è stato affermato che le controversie nascenti da tale ultimo negozio, riguardanti, ad esempio, l'accertamento della sua nullità, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto ineriscono ad un rapporto di diritto comune ed implicano unicamente il coinvolgimento di posizioni riconducibili a diritti soggettivi, le cui vicende sono svincolate da quelle del primo contratto, che costituisce solo un antecedente di fatto ormai privo di efficacia.

Sul versante risarcitorio per **Sez. U, n. 14696/2019, Bisogni, Rv. 654035–01**, l'esplicita qualificazione della domanda da parte dell'appaltatore come risarcitoria esclude che la appaltatrice abbia agito per la revisione dei prezzi. La pronuncia ha altresì confermato l'orientamento espresso da Sez. 1, n. 5951/2008, Giuliani, Rv. 602303–01, secondo cui, la revisione legale dei prezzi presuppone la mancanza di colpa dell'Amministrazione.

5. Le vicende legate al patrimonio immobiliare.

Le questioni aventi ad oggetto il patrimonio immobiliare dello Stato o di enti pubblici sono state oggetto di numerose pronunce della S.C., intervenuta a chiarire ulteriormente la linea di confine fra le due giurisdizioni.

Con riguardo alla dismissione del patrimonio degli enti previdenziali pubblici ai sensi della legge 23 dicembre 1996, n. 662, **Sez. 3, n. 23338/2019, Amendola A., Rv. 655099-01** ha precisato è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. proposta dal conduttore dell'immobile pubblico ad uso abitativo sul presupposto dell'intervenuta conclusione con l'ente proprietario di un accordo produttivo dell'obbligo di trasferire il bene al prezzo obbligatoriamente determinato dalla legge.

Per i terreni del demanio civico **Sez. U, n. 5644/2019, Genovese, Rv. 652863-01**, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 29, comma 2, della l. 16 giugno 1927, n. 1766 nell'ipotesi di un procedimento di accertamento della "qualitas soli", promosso dal Commissario per la liquidazione degli usi civici, qualora i ricorrenti alleghino, a fondamento della giurisdizione del giudice amministrativo, l'avvenuta "sdemanializzazione" dei suoli, sulla base di una disposizione recata da una legge regionale (nella specie, l'art. 8 della l.r. Lazio 3 gennaio 1986, n. 1) per la quale sia sopravvenuta la dichiarazione di illegittimità costituzionale. In ragione dell'esistenza di un vizio originario di quella stessa disposizione, l'inefficacia della previsione normativa si comunica, infatti, anche ai provvedimenti amministrativi che, sulla base di essa, hanno disposto il mutamento della qualità dei suoli, con conseguente radicamento della giurisdizione in capo al Commissario.

Sotto il diverso profilo dei contratti di locazione, secondo **Sez. U, n. 6356/2019, De Stefano, Rv. 653124-01**, ha ritenuto che in caso di domanda fondata su un contratto di locazione di immobile da costruirsi ad opera del locatore e da destinare ad edificio pubblico (nella specie, caserma dei carabinieri), spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, non solo, la domanda del locatore volta a conseguire l'adempimento delle obbligazioni nascenti da quel contratto, ma anche quella dal medesimo rivolta contro il locatario e tutte le altre pubbliche amministrazioni che, prima della stipula del contratto e durante l'esecuzione dei lavori di edificazione, abbiano in lui indotto, con complessive condotte, consistite anche in interlocuzioni formali, un affidamento incolpevole sulla legittimità pure urbanistica e paesaggistica dell'opera, esclusa, invece, dall'autorità giudiziaria penale.

E' devoluta analogamente al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda di licenza per finita locazione di un'area appartenente a un comune, concessa in godimento per lo svolgimento dell'attività di distribuzione di carburanti in forza di un contratto che, per il "nomen iuris" scelto dalle parti e per il suo contenuto, sia riconducibile allo schema del contratto di locazione ad uso commerciale. In tal senso **Sez. U, n. 13664/2019, Cirillo, Rv. 654030-01** ha confermato il principio espresso da Sez. U, n. 19598/2008, Bucciante, Rv. 604120-01. Secondo la S.C., affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico

proprio dei beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c. e la sua concessione in godimento possa essere qualificata come concessione-contratto, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, deve sussistere il doppio requisito, soggettivo e oggettivo, della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico e dell'effettiva e attuale destinazione del bene al pubblico servizio.

In tema di comodato, **Sez. U, n. 3885/2019, Frasca, Rv. 652753–01**, ha ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia instaurata da un comune nei confronti del comodatario per ottenere la restituzione di un immobile concesso in comodato dopo essere stato acquisito al patrimonio comunale ai sensi dell'art. 7, comma 3, della l. 28 febbraio 1985, n. 47. In tale ipotesi l'accordo negoziale intervenuto tra le parti trova fondamento nell'attività "iure privatorum" realizzata dall'ente in forza della sua posizione di proprietario, senza alcun collegamento con l'interesse pubblico a suo tempo tutelato mediante l'esercizio del potere autoritativo di acquisizione. Non è riconducibile, pertanto, la suddetta attività tra quelle attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo ex art. 7, comma 1, d.lgs. n. 104 del 2010, né tra quelle oggetto di giurisdizione esclusiva in materia urbanistica di cui all'art. 133, comma 1, lett. f), del medesimo decreto legislativo.

Nell'ambito della tematica relativa alla riforma fondiaria **Sez. U, n. 19890/2019, De Stefano, Rv. 654943–01**, ha chiarito che, giunto a scadenza il termine trentennale di assegnazione in godimento di un podere, quale fase preparatoria della futura vendita, ed essendo incontestato l'adempimento dell'assegnatario, si determina l'automatica ed irreversibile cessazione del rapporto di concessione in assegnazione, nonché il venir meno dei poteri discrezionali ed autoritativi riservati alla pubblica amministrazione in funzionale connessione con il provvedimento concessorio.

Logico corollario è che tutte le vicende relative alla cessazione della riserva di dominio in favore dell'ente, compresa la regolazione delle pretese, se del caso tra loro contrapposte, di più soggetti al definitivo riconoscimento dell'intervenuto trasferimento in proprio favore della piena proprietà, vanno sottoposte all'ordinario regime privatistico, in applicazione di regole speciali della medesima disciplina o, in mancanza, di quelle ordinarie del codice civile, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario.

Rientra sempre nella giurisdizione del giudice ordinario, ad avviso di **Sez. U, n. 3887/2019, Frasca, Rv. 652496–01**, la pretesa del privato del diritto all'acquisto di immobili acquisiti al patrimonio comunale per effetto di scioglimento di ente comunale di assistenza (E.C.A.), in presenza di una delibera dispositiva della vendita

in favore degli affittuari dell'ente disciolto, in quanto fondata sul presupposto della sussistenza in capo ai privati di un diritto soggettivo.

Facendo analoga applicazione degli ordinari criteri di riparto della giurisdizione **Sez. U, n. 22575/2019, Scarano, Rv. 655112–02** ha affermato che è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto avente ad oggetto diritti soggettivi, la controversia instaurata da un privato che, contestando la natura demaniale di un'area da lui occupata, impugni l'ordinanza con la quale gli sia stato ingiunto di porre termine all'occupazione stessa. In tale ipotesi, infatti, la parte chiede una pronuncia sulla proprietà, pubblica o privata, di quel suolo, e la domanda proposta ha ad oggetto non già l'annullamento del provvedimento amministrativo, bensì la contestazione dell'esistenza del potere amministrativo esercitato. L'arresto consolida ulteriormente l'orientamento espresso da **Sez. U, n. 7097/2011, Merone, Rv. 616931–01**.

E', invece, configurabile per **Sez. U, n. 19231/2019, Giusti, Rv. 654591–01**, in termini di interesse legittimo, con conseguente devoluzione al giudice amministrativo, la domanda del privato volta a sollecitare l'emissione di una ordinanza di demolizione e di rimessione in pristino, a fronte dell'inerzia della P.A. nell'esercizio di poteri sanzionatori.

Nella materia dell'edilizia residenziale pubblica, secondo **Sez. U, n. 18828/2019, Sambito, Rv. 654579–01**, spettano alla giurisdizione ordinaria le controversie attinenti alle richieste di subentro nel contratto avanzate, ai sensi dell'art. 14 della l.r. Campania 2 luglio 1997, n. 18, dai componenti del nucleo familiare dell'assegnatario dell'alloggio dopo il decesso di quest'ultimo. Ad avviso della S.C. è da escludere un potere discrezionale della P.A., con riferimento al detto subentro, trattandosi di questioni riguardanti la fase successiva al provvedimento di assegnazione dell'alloggio medesimo.

Nel diverso tema delle azioni possessorie nei confronti della pubblica amministrazione, **Sez. U, n. 29087/2019, Sambito, Rv. 655801–01** conferma l'applicazione degli ordinari criteri di riparto, affermando che sono esperibili davanti al giudice ordinario solo quando il comportamento della medesima non si ricolleggi ad un formale provvedimento amministrativo, emesso nell'ambito e nell'esercizio dei poteri autoritativi e discrezionali ad essa spettanti, ma si concreti e si risolva in una mera attività materiale, disancorata e non sorretta da atti o provvedimenti amministrativi formali. Come ben noto, infatti, di fronte all'esercizio di un potere autoritativo le posizioni soggettive del privato hanno natura di interesse legittimo, tutelabile, quindi, davanti al giudice amministrativo.

Ove, viceversa dette azioni possessorie siano proposte in relazione a comportamenti attuati in esecuzione di poteri pubblici o comunque di atti amministrativi, deve essere dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

La pronuncia, che si allinea alle posizioni di Sez. U, n. 32364/2018, Giusti, Rv. 651824–01 è stata resa in relazione ad una domanda di reintegra proposta nei confronti di un Comune che aveva ripreso il possesso di aree portuali in forza di provvedimenti di decadenza da concessioni marittime demaniali, specificamente richiamati in una scrittura privata, stipulata con l'occupante, di fissazione della data di restituzione delle aree.

6. Le procedure ad evidenza pubblica ed i servizi in regime di concessione.

In relazione all'ambito di applicazione dell'obbligo di affidare i contratti mediante la procedura di evidenza pubblica ex art. 177 del d.lgs. n. 50 del 2016, **Sez. U, n. 18674/2019, Di Virgilio, Rv. 654833–01**, ha chiarito che anche i concessionari autostradali vi sono tenuti a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. da ultimo citato e le controversie riguardanti le relative procedure sono attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in applicazione dell'art. 133, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 104 del 2010.

In un paio di occasioni la S.C. ha precisato che spetta al giudice ordinario la controversia riguardante la contestazione della legittimità degli esiti della procedura di gara, volta ad individuare l'aggiudicatario della gestione di un servizio in regime di concessione. In particolare, **Sez. U, n. 11508/2019, Genovese, Rv. 653788–01** ha trattato della gestione del "servizio di ristoro ed attività commerciali connesse" (c.d. non oil) di un'area di servizio situata in un tratto autostradale.

Sez. U, n. 329/2019, Genovese, Rv. 652085–01, si è occupata, invece, di una controversia riguardante l'individuazione dei contraenti per lo svolgimento dell'attività di bar ristorazione da stipularsi da parte del concessionario del trasporto locale, con riferimento agli immobili commerciali allo stesso concessi dal comune e posti nella stazione della metropolitana.

In entrambe le ipotesi l'attribuzione della cognizione al giudice ordinario è stata fondata sul rilievo che il rapporto tra il concedente ed il concessionario costituisce il mero presupposto del rapporto tra detto terzo ed il concessionario medesimo, da cui il terzo contraente resta estraneo, mentre il rapporto tra terzo e concessionario si risolve in un contratto di diritto privato.

Appartiene, ancora, al giudice ordinario, secondo **Sez. U, n. 22769/2019, Bisogni, Rv. 655115–01**, la giurisdizione in ordine alla domanda di pagamento del corrispettivo per lo svolgimento del servizio di tesoreria in regime di concessione. E' necessario a tal fine, tuttavia, che la controversia investa esclusivamente le modalità di determinazione del compenso, secondo un criterio di riparto presente nell'art. 5 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, che non implichi statuizioni sulla validità e l'operatività di clausole della concessione, ma che sia richiesta solo un'indagine

meramente preliminare e deliberativa sul contenuto e la disciplina del rapporto concessorio.

La domanda proposta dal concessionario della gestione di un aeroporto per il pagamento delle tasse e dei diritti aeroportuali secondo **Sez. U, n. 28212/2019, Di Virgilio, Rv. 655592–01** spetta al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 39 "bis" del d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, aggiunto dalla legge di conversione 29 novembre 2007, n. 222. Con detta domanda viene, infatti, richiesta esclusivamente l'applicazione di un parametro di natura normativa, non ravvisandosi momenti di valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in gioco.

Di contro, il giudice amministrativo ha giurisdizione sulla domanda avente ad oggetto il pagamento di somme a titolo di corrispettivo per la prestazione di servizi concernenti l'uso delle infrastrutture e dei beni dell'aerostazione. Tale azione, infatti, rientra nella previsione dell'art. 133, comma primo, lett. c), del c.p.a., venendo necessariamente in questione anche l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione dell'*an* e del *quantum* delle relative tariffe e non semplicemente l'accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali da cui esse possano essere condizionate.

7. L'attività sanitaria.

Molteplici sono stati gli interventi chiarificatori della S.C. nel settore dell'attività sanitaria. **Sez. U, n. 26200/2019, Giusti, Rv. 655503–01**, facendo applicazione del criterio del riparto di giurisdizione fondato sul *petitum* sostanziale, ha affermato, con riguardo all'attività sanitaria in regime cd. di accreditamento, che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 104 del 2010, la domanda di condanna della Asl al pagamento del corrispettivo per le prestazioni eccedenti il limite di spesa, proposta dalla società accreditata sul presupposto dell'annullamento in via giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi che avevano stabilito i ccdd. "tetti di spesa" e della conseguente invalidità, inefficacia o inoperatività parziale dell'accordo stipulato tra le parti limitatamente alle clausole che prevedevano la non remunerabilità delle predette prestazioni. L'azione proposta, in tal caso, infatti, investe unicamente la verifica dell'esatto adempimento di una obbligazione correlata ad una pretesa del privato riconducibile nell'alveo dei diritti soggettivi, senza coinvolgere il controllo di legittimità dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio.

Restando nel regime dei "tetti di spesa sanitaria" ed utilizzando il medesimo criterio di riparto, **Sez. U, n. 23536/2019, Frasca, Rv. 655118–01**, ha ricondotto alla cognizione del giudice ordinario la domanda con cui una concessionaria di un pubblico servizio sanitario abbia chiesto la condanna al pagamento di somme

dovute quali corrispettivi per l'espletamento delle prestazioni a favore di soggetti provenienti da una regione diversa da quella ove operi, sul presupposto della disapplicazione, e non dell'annullamento, dei provvedimenti e delle delibere che, nel regime dei "tetti di spesa sanitaria". In proposito la pronuncia ha chiarito che il giudice ordinario deve decidere la controversia considerando validi ed efficaci i citati provvedimenti se ed in quanto non impugnati o non utilmente contestati presso il giudice amministrativo, titolare di giurisdizione esclusiva al riguardo, mentre, qualora siano "sub iudice", è tenuto a sospendere il processo ex art. 295 c.p.c.

E' stato, poi, consolidato da **Sez. U, n. 20401/2019, Rubino, Rv. 654841-01**, l'orientamento fondato sugli stessi principi fin'ora esposti, secondo cui la controversia promossa da un istituto di cura nei confronti della ASL per il pagamento delle rette di degenza dei malati psichici appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario. Il rapporto dedotto in giudizio, anche in questo caso, non si ricollega all'esercizio di poteri discrezionali della P.A., avendo ad oggetto il corrispettivo per un'obbligazione fondata su presupposti determinati dalla legge. Nello stesso senso, da ultimo, si era espressa Sez. U, n. 22033/2014, Rv. 632414-01.

Sulla stessa scia, avuto riguardo al *petitum* sostanziale della pretesa fatta valere, è stato affermato da **Sez. U, n. 9488/2019, Virgilio, Rv. 653594-01**, che la domanda proposta da una struttura sanitaria per il pagamento del corrispettivo di prestazioni sanitarie eseguite nei confronti di un anziano non autosufficiente in base ad un contratto di degenza, stipulato da un familiare a titolo di garante, rientra nell'ambito delle controversie a contenuto meramente patrimoniale spettanti alla giurisdizione ordinaria, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali, né sia coinvolto l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi inerenti la determinazione del corrispettivo e senza che rilevi, in particolare, il regime di convenzionamento tra l'ente locale e la singola struttura RSA (Residenza Sanitaria Assistita).

Rientra, invece, secondo **Sez. U, n. 23540/2019, Frasca, Rv. 655275-01**, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a, la domanda, formulata dalla concessionaria di un pubblico servizio sanitario, che abbia ricevuto dall'Amministrazione la richiesta di emissione di note di credito a titolo di penalizzazione ex art. 8 *octies*, comma 3, lett. a), d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 con la minaccia, per il caso di mancata emissione delle stesse, di compensazione dei relativi importi con quelli derivanti dai corrispettivi dovuti.

Tale principio trova applicazione solo qualora la concessionaria chieda di accertare la mancanza di provvedimenti sanzionatori, la non operatività della prospettata compensazione e l'assenza dell'obbligo di emettere tali note di credito, in quanto la richiesta dell'Amministrazione e la correlata minaccia di compensazione

sono comportamenti riconducibili all'esercizio del potere di controllo, previsto dal menzionato art. 8 *octies*. Essi, infatti, anche se non costituiscono provvedimenti, in applicazione dell'art. 7, comma 1, c.p.a., attraggono comunque la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Secondo i principi generali la giurisdizione del giudice ordinario residua nel caso in cui si tratti di indennità, canoni e corrispettivi che attengano a profili paritetici, la cui debenza o determinazione non derivi dall'esercizio di poteri autoritativi, ovvero si sia già ottenuta tutela contro l'esercizio di quei poteri dinanzi al giudice amministrativo.

8. Gli organi di autodichia e le autorità indipendenti.

Con due arresti la S.C. ha avuto modo di chiarire alcuni profili riguardanti l'ambito della giurisdizione riconosciuta agli organi di autodichia. In particolare, in entrambi è stato precisato che le controversie relative alle condizioni di attribuzione e alla misura degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari spettano alla cognizione degli organi di autodichia. L'assegno vitalizio è un istituto riconducibile alla normativa di "diritto singolare" che si riferisce al Parlamento e ai suoi membri a presidio della peculiare posizione di autonomia riconosciuta dagli artt. 64, comma 1, 66 e 68 Cost. e gli organi di autodichia, pur essendo "interni" all'organo costituzionale di appartenenza ed estranei all'organizzazione della giurisdizione, svolgono, tuttavia, un'attività obiettivamente giurisdizionale. Ne consegue che sono legittimati a sollevare questioni di costituzionalità delle norme di legge, cui le fonti di autonomia effettuino rinvio, e innanzi ad essi è ammissibile la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, benché questo si configuri come strumento di carattere non impugnatorio. **Sez. U, n. 18265/2019, Tria, Rv. 654583-01** e **Sez. U, n. 18266/2019, Tria, Rv. 654584-01**, dunque, sia pure in relazione a fattispecie differenti, hanno precisato che detto regolamento preventivo può essere utilizzato dalla stessa parte che ha scelto il giudice quando, in ragione della natura della controversia e delle deduzioni del convenuto, abbia un interesse giuridicamente rilevante ad una preventiva soluzione della questione da parte delle Sezioni Unite. Tale evenienza si configura in funzione dell'eventualità che il giudice adito possa declinare la giurisdizione, rendendo inutile l'attività processuale già svolta e frustrando l'attuazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Con riguardo, invece, alle autorità indipendenti, **Sez. U, n. 11929/2019, Conti, Rv. 653793-01**, ha chiarito l'ambito ed il contenuto del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti da queste emessi. Detto sindacato, pur non estendendosi al merito con conseguente sostituzione di un proprio

provvedimento con quello impugnato, comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento dell'atto e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità. Ove tale attività includa anche valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità, il sindacato è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante.

9. Gli enti.

Per la qualificazione di un ente fieristico in termini di organismo pubblico sono stati richiamati da **Sez. U, n. 17567/2019, Di Virgilio, Rv. 654417-01** i criteri generali; a tal fine l'ente, nel perseguire l'interesse pubblico, deve agire senza essere soggetto alle regole di mercato e, quindi, senza che possa ritenersi esercitata dallo stesso attività di carattere commerciale. In mancanza di tali requisiti, la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

In materia, invece, di consorzi obbligatori costituiti per la ricostruzione, sistemazione e manutenzione di una strada vicinale **Sez. U, n. 15384/2019, Carrato, Rv. 654210 - 01**, ha chiarito che è attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto integra una situazione giuridica di diritto soggettivo, la domanda proposta dall'utente di una strada vicinale nei confronti del consorzio obbligatorio, costituito secondo la disciplina del d.l. luogotenenziale 1° settembre 1918 n. 1446 e della l. 12 febbraio 1958, n. 126, volta a contestare in radice il potere deliberante delle assemblee consortili per effetto della loro prospettata illegittima convocazione e costituzione alla luce dell'irrituale nomina del nuovo presidente del consorzio o della modifica dell'atto costitutivo avvenute in una pregressa e presupposta delibera assembleare.

E' analogamente devoluta alla giurisdizione ordinaria, secondo **Sez. U, n. 15749/2019, Di Virgilio, Rv. 654214-01**, la controversia tra l'ente locale e il concessionario del servizio di tesoreria relativa al pagamento del corrispettivo per il suo svolgimento, anche nell'ipotesi in cui, dichiarato lo stato di dissesto dell'ente, si faccia questione della possibilità di ricomprendere nella massa passiva, gestita dall'organo straordinario di liquidazione, ai sensi dell'art. 255, comma 10, del d.lgs. n. 267 del 2000, nel testo anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 205 del 2017, il credito per erogazioni concesse dal tesoriere a titolo di anticipazioni di cassa. La pronuncia ha fondato tale affermazione sul rilievo che una simile controversia, non involge profili valutativi del comportamento assunto dalla gestione commissariale, né verte sul contenuto della concessione, esulando, dunque, dalla giurisdizione

esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessioni di pubblici servizi, prevista dall'art. 133, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 104 del 2010.

10. Le domande risarcitorie.

Molteplici, come di consueto, sono state le domande risarcitorie, sotto il profilo dell'individuazione del giudice competente.

Con riguardo ad una domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per la lesione di un diritto di credito vantato nei confronti di un terzo, asseritamente cagionata dal contegno posto in essere dall'amministrazione in violazione dell'affidamento precedentemente ingenerato, **Sez. U, n. 12635/2019, Scarano, Rv. 653935-01**, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario. Sulla scia di quanto già espresso da Sez. U, n. 20902/2011, San Giorgio, Rv. 619037-01, è stato ribadito che, ai fini del riparto di giurisdizione, rileva il "petitum" sostanziale, non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia richiesta, quanto in funzione della "causa petendi", ovvero dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, individuata dal giudice sulla base delle allegazioni della parte ricorrente.

Restando sempre nell'ambito dell'affidamento incolpevole, ma nella diversa ipotesi di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, successivamente annullato, in via di autotutela od "ope iudicis", senza che sia stata posta in discussione la legittimità dell'annullamento, ad avviso di **Sez. U, n. 6885/2019, Rubino, Rv. 653276-01**, la controversia relativa ai danni subiti dal privato rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. In tal caso, infatti, la domanda non ha ad oggetto la lesione di un interesse legittimo pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo rappresentata dalla conservazione dell'integrità del patrimonio, pregiudicato dalle scelte compiute confidando sulla legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato. L'arresto si pone in linea di continuità con quanto già affermato da Sez. U, n. 1654/2018, Bianchini, Rv. 647009-01.

In tema di condotta illecita della P.A. nella gestione e manutenzione dei propri beni, **Sez. 3, n. 9318/2019, Scarano, Rv. 653272-01**, ha ribadito l'orientamento già espresso da Sez. U, n. 5926/2011, Segreto, Rv. 616670-01, secondo cui l'inosservanza da parte della P.A., nella gestione e manutenzione dei beni che ad essa appartengono, delle regole tecniche, ovvero dei canoni di diligenza e prudenza, può essere denunciata dal privato dinanzi al giudice ordinario, non solo ove la domanda sia volta a conseguire la condanna della P.A. al risarcimento del danno patrimoniale, ma anche ove sia volta a conseguire la condanna della stessa ad un "facere". La domanda, infatti, non investe scelte ed atti autoritativi dell'amministrazione, ma un'attività soggetta al rispetto del principio del "neminem laedere". Né, poi, è da ritenere di ostacolo il disposto dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del

1998, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, che devolve al giudice amministrativo le controversie in materia di urbanistica ed edilizia, in quanto, a seguito della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, tale giurisdizione esclusiva non è estensibile alle controversie nelle quali la P.A. non eserciti alcun potere autoritativo finalizzato al perseguimento di interessi pubblici alla cui tutela sia preposta.

Restando in materia urbanistica, la domanda avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'edificabilità di un'area e nella legittimità del conseguente permesso di costruire, successivamente annullato secondo **Sez. 3, n. 30515/2019, Scoditti, Rv. 655840-01**, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. La pronuncia, resa in una fattispecie riguardante la sopravvenuta non edificabilità del suolo in quanto ricadente in area soggetta a vincolo paesaggistico, ha evidenziato come non si potesse ravvisare un atto o un provvedimento amministrativo della cui illegittimità il privato potesse dolersi impugnandolo davanti al giudice amministrativo, con le conseguenziali statuizioni risarcitorie.

Sul versante della condotta omissiva della P.A., **Sez. U, n. 12640/2019, Tria, Rv. 654025-01**, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario nella controversia avente ad oggetto la domanda di risarcimento dei danni proposta dal privato che deduca la lesione del legittimo affidamento ingenerato da un comportamento inerte della P.A., non riconducibile all'esercizio di un pubblico potere.

11. Le attività di servizi telematici.

Nel settore va richiamata **Sez. U, n. 4888/2019, Genovese, Rv. 652859-01**, secondo cui appartiene alla cognizione del giudice ordinario l'esercizio dell'attività commerciale di "provider" di infrastrutture di rete e per i servizi nel settore delle telecomunicazioni, nonché l'attività di WISP ("wifi internet"), a causa della costruzione di un nuovo impianto per lo svolgimento della medesima attività, reso operativo a breve distanza dal precedente (con un dislivello in altezza favorevole della nuova struttura), e tale da essere idoneo ad interferire nelle trasmissioni dalla stazione già attiva in quello stesso luogo, solo quando si faccia valere la situazione di fatto, connotata dall'interferenza tra le postazioni concorrenti, tale da ostacolare la specifica attività d'impresa svolta dalla ricorrente e la stessa piena idoneità dell'impianto a trasmettere via etere. E', viceversa, esclusa la giurisdizione ordinario in materia ove si lamenti l'illegittimità del provvedimento rilasciato all'altro imprenditore per la costruzione dell'impianto ovvero per il suo esercizio come emittente autorizzata.

CAPITOLO III

LA GIURISDIZIONE DELLE ACQUE PUBBLICHE

(DI STEFANIA BILLI)

1. Profili sostanziali e processuali.

La S.C. in materia di giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche con plurimi arresti quest'anno ha provveduto a delineare ulteriormente la linea di confine rispetto alla giurisdizione ordinaria.

In via generale **Sez. U, n. 5641/2019, Bruschetta, Rv. 653123–01**, ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice delle Acque la cognizione sui provvedimenti di tipo generale incidenti in via diretta e immediata sul regime delle acque pubbliche. La pronuncia è stata resa in riferimento al divieto generalizzato di derivazione idroelettrica dai corsi d'acqua contenuto nelle norme di attuazione del piano paesaggistico comunale ed è stata in proposito ritenuta l'irrilevanza del carattere generale del provvedimento che conteneva detta disciplina.

Diversi sono stati, poi, gli arresti nella dibattuta tematica dei canoni. In via generale, sotto il profilo della determinazione del canone di concessione per le grandi derivazioni di acque pubbliche, **Sez. U, n. 18827/2019, Scrima, Rv. 654418–01** ha chiarito che, quando l'atto adottato dall'autorità amministrativa, di carattere generale, scaturisca da disposizioni di legge in relazione a presupposti specificamente individuati dalla legge stessa, senza alcun margine di apprezzamento discrezionale, la giurisdizione appartiene al Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche, quale giudice ordinario specializzato. In tale ipotesi, infatti, il destinatario del provvedimento riveste una posizione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

Nel diverso nel caso dell'impugnazione di un provvedimento che sia espressione dell'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, tesa ad ottenere "in via principale" una pronuncia avente efficacia di giudicato, la giurisdizione appartiene al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, quale giudice amministrativo in unico grado. La pronuncia riafferma quanto espresso in epoca più risalente da Sez. U, n. 16804/2007, Bonomo, Rv. 598429–01. In particolare, ha specificato che l'impugnazione del provvedimento regionale di determinazione del canone di concessione di acque pubbliche per le grandi derivazioni pubbliche, rientra nella giurisdizione del Tribunale Superiore Acque Pubbliche, ai sensi dell'art. 154 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che riserva alle regioni ampia discrezionalità in relazione al territorio di competenza (**Sez. U, n. 18827/2019, Scrima, Rv. 654418–02**). A tale

fine, è stata ritenuta irrilevante la mancanza del decreto interministeriale, previsto dal comma 3 del citato art. 154, al quale spetta di determinare i "criteri generali" cui le regioni devono attenersi.

Sull'ambito di applicazione dell'art. 140, comma 1 lett. c, del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 che attribuisce alla cognizione dei Tribunali regionali delle acque pubbliche le controversie aventi ad oggetto qualsiasi diritto relativo alle derivazioni ed utilizzazioni di acqua pubblica è intervenuta **Sez. U, n. 21687/2019, Falaschi, Rv. 654879-01** che ha sostanzialmente confermato l'orientamento espresso da Sez. U, n. 10124/1994, Cantillo, Rv. 488864-01. La disposizione si riferisce anche alle controversie sull'esistenza e sull'entità dei canoni delle concessioni di utenza di risorse idriche, nelle quali sia in contestazione il diritto soggettivo del concessionario alla corretta applicazione delle disposizioni regolanti l'indicato canone in base a elementi oggettivi e certi, secondo parametri e criteri tecnici vincolanti per l'amministrazione.

Diversamente l'illegittimità degli atti amministrativi determinanti detti elementi, può essere fatta valere mediante impugnativa, in via principale, davanti al giudice amministrativo, Tribunale superiore delle acque pubbliche, o, alternativamente, sollecitandone la disapplicazione da parte del giudice ordinario, nella specie quello specializzato: Tribunale regionale acque pubbliche, nelle controversie sui diritti soggettivi che si assumano lesi da atti o provvedimenti consequenziali. Va ritenuto, pertanto, superato il difforme orientamento espresso da Sez. U, n. 9551/1997, Corona, Rv. 508388-01.

Le controversie relative al canone per il servizio di scarico e depurazione delle acque reflue appartengono, *ratione temporis*, ad avviso di **Sez. 3, n. 13580/2019, Guizzi Rv. 654194-01** alla giurisdizione del giudice ordinario, a partire dal 3 ottobre 2000, per effetto dell'innovazione introdotta dall'art. 31, comma 28, della l. 23 dicembre 1998, n. 448 e del differimento della sua iniziale decorrenza, primo gennaio 1999, disposto dall'art. 62 del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, modificato dall'art. 24 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 258.

La pronuncia ha, tuttavia, avuto cura di precisare, in ossequio al generale criterio del *petitum* sostanziale, che la giurisdizione ordinaria va esclusa se il fruitore del servizio non ha dedotto il suo rapporto di utenza, bensì ha investito direttamente scelte discrezionali dell'amministrazione, in particolare, contestando l'organizzazione del servizio sotto vari profili. In tal caso vengono poste in discussione, infatti, in via principale, le scelte discrezionali dell'ente in ordine alla determinazione del canone, facendo valere una situazione giuridica qualificabile come interesse legittimo, correlato ad un atto adottato dall'ente territoriale come autorità nell'esercizio di una potestà amministrativa, al di fuori di un rapporto negoziale di tipo paritetico.

Nell'ambito dell'impugnazione di un atto, **Sez. U, n. 11219/2019, Crucitti, Rv. 653602-01**, ha chiarito che, l'errata indicazione nel provvedimento impugnato del termine e dell'autorità cui è possibile ricorrere, richiesta dall'art. 3, comma 4, della l. n. 241 del 1990, è idonea ad ingenerare un errore scusabile che dà diritto alla rimessione in termini, ai sensi dell'art. 37 del c.p.a., richiamato per il processo dinanzi al TSAP dall'art. 208 del r.d. n. 1775 del 1933. In tal senso è stata ritenuta irrilevante l'introduzione dell'istituto della *translatio iudicii*, in quanto, in un sistema di tutela complesso, caratterizzato da una pluralità di giurisdizioni, da normative procedurali differenziate, nonché dall'esistenza di brevi termini di decadenza per talune e non per altre, sussiste l'esigenza di dare massima effettività al diritto di difesa, in attuazione degli artt. 24 e 113 Cost.

In questo senso, secondo **Sez. U, n. 3518/2019, Lombardo, Rv. 652849-01** l'impugnativa proposta da una società costituita tra più comuni per la gestione del servizio idrico integrato avverso la delibera con la quale uno dei questi abbia revocato la propria adesione alla società è devoluta alla cognizione diretta del Tribunale superiore delle acque pubbliche, prevista dall'art. 143, comma 1, lett. a), del r.d. n. 1775 del 1933. In tale ipotesi, infatti, si tratta di atto che incide sulla delimitazione degli ambiti territoriali ottimali previsti dall'art. 8 della l. 5 gennaio 1994, n. 36, da cui derivano provvedimenti di organizzazione e gestione del servizio idrico integrato aventi incidenza diretta sul regime delle acque e sul loro utilizzo.

Con riferimento ai profili risarcitori, **Sez. 6 - 3, n. 16636/2019, Tatangelo, Rv. 654322-01**, ha chiarito che, per le controversie aventi per oggetto il risarcimento dei danni derivanti dallo straripamento di un corso d'acqua pubblico per omessa cura o manutenzione dello stesso, ex art. 140, lett. e), del r.d. n. 1775 del 1933, spettano alla competenza dei tribunali regionali delle acque le domande in relazione alle quali l'esistenza dei danni dipenda dall'esecuzione, dalla manutenzione o dal funzionamento di un'opera idraulica.

Sono, viceversa, riservate alla cognizione del giudice in sede ordinaria quelle aventi per oggetto pretese che si ricollegano solo indirettamente e occasionalmente alle vicende relative al governo delle acque, atteso che la competenza del giudice specializzato si giustifica in presenza di comportamenti, commissivi o omissivi, che implicino apprezzamenti circa la deliberazione, la progettazione e l'attuazione di opere idrauliche o comunque scelte della P.A. dirette alla tutela di interessi generali correlati al regime delle acque pubbliche.

CAPITOLO IV

LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE DEI CONTI

(DI DARIO CAVALLARI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'azione di responsabilità. - 3. Il giudizio di conto. - 4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico. - 5. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione. - 6. Ulteriori profili processuali.

1. Premessa.

Gli argomenti di maggiore rilievo trattati dalla S.C. nel corso del 2019 sono stati le azioni di responsabilità, dove è stata confermata la tendenza a ridurre l'area delle scelte insindacabili dei pubblici ufficiali che ricoprono cariche "politiche", e i giudizi pensionistici, dei quali è stato meglio definito l'oggetto.

Alcune pronunce hanno pure toccato la tematica dei limiti interni ed esterni della giurisdizione. Di interesse sono, altresì, delle decisioni che hanno affrontato delle particolari problematiche processuali. Per quanto riguarda le questioni di giurisdizione inerenti alle società a partecipazione pubblica e, soprattutto, a quelle *in house providing*, si rinvia al capitolo ad esse dedicato.

2. L'azione di responsabilità.

La tematica dell'azione di responsabilità in materia di contabilità pubblica è sempre attuale e su questa si focalizzano le principali pronunce della Suprema Corte.

Con una decisione che riguarda l'attività dei consiglieri regionali, **Sez. U, n. 11502/2019, Giusti, Rv. 653604-01**, ha chiarito che la funzione di autorganizzazione interna del Consiglio regionale per il supporto dell'attività del gruppo consiliare o del singolo consigliere partecipa delle guarentigie apprestate dall'art. 122, comma 4, Cost., a tutela dell'esercizio delle primarie funzioni (legislativa, di indirizzo politico e di controllo) delle quali l'organo regionale di rappresentanza politica è investito, onde preservarle dall'interferenza di altri poteri, a condizione, tuttavia, che essa si manifesti in attività ragionevolmente ed effettivamente riconducibili a dette funzioni primarie; ne consegue che l'acquisizione di personale per le esigenze del gruppo consiliare, pur essendo consentita - dato il carattere altamente fiduciario dei relativi incarichi - sulla base di valutazioni soggettive e ampiamente discrezionali legate alla consonanza politica e personale, e pur potendo avvenire *intuitu personae* senza predeterminazione di alcun rigido criterio, incontra il limite dell'intrinseca irragionevolezza o della manifesta esorbitanza dell'incarico esterno conferito rispetto alle attività riferibili all'esercizio

delle funzioni del gruppo consiliare ed è, pertanto, sindacabile dalla Corte dei conti, ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativo-contabile, con esclusione di qualsiasi immunità, qualora ecceda detto limite. Ne è conseguito, nella specie, il riconoscimento della responsabilità amministrativa di un consigliere regionale che aveva conferito un incarico di collaborazione all'attività legislativa a un soggetto privo dei requisiti di professionalità e competenza per il suo svolgimento, incarico rivelatosi del tutto fittizio, in quanto mai eseguito, con conseguente utilizzo indebito di risorse pubbliche.

Si tratta di una tendenza in atto da alcuni anni e volta a ridurre l'ambito delle determinazioni non sindacabili ad opera dell'autorità giudiziaria, limitando l'area degli *interna corporis* e delle valutazioni asseritamente politiche ai provvedimenti emessi per necessità strettamente inerenti alle funzioni fondamentali dell'ente e in situazioni ove la facoltà di decisione non debba tenere conto di alcuna indicazione di fonte legislativa.

Secondo **Sez. U, n. 16336/2019, Cristiano, Rv. 654412-01**, in tema di assistenza sanitaria pubblica, il regime dell'accreditamento introdotto dall'art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 502 del 1992 non ha inciso sulla natura del rapporto tra struttura privata ed ente pubblico, che resta di tipo concessorio, atteso che la prima, a seguito del provvedimento di accreditamento, viene inserita in modo continuativo e sistematico nell'organizzazione della P.A. ed assume la qualifica di soggetto erogatore di un servizio pubblico, con la conseguenza che la domanda di risarcimento del danno erariale cagionato dall'accreditato in seguito alla violazione delle regole stabilite dal predetto regime è devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti.

Inoltre, **Sez. U, n. 17124/2019, Vincenti, Rv. 654415-01**, ha precisato che l'azione ex art. 53, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, promossa dal Procuratore della Corte dei conti nei confronti di dipendente della P.A. che abbia omesso di versare alla propria Amministrazione i corrispettivi percepiti nello svolgimento di un incarico non autorizzato, rimane attratta alla giurisdizione del giudice contabile, anche se la percezione dei compensi si è avuta in epoca precedente all'introduzione del comma 7 bis del medesimo art. 53, norma che non ha portata innovativa; si verte, infatti, in ipotesi di responsabilità erariale, che il legislatore ha tipizzato non solo nella condotta, ma annettendo, altresì, valenza sanzionatoria alla predeterminazione legale del danno, attraverso la quale ha inteso tutelare la compatibilità dell'incarico extraistituzionale in termini di conflitto di interesse e il proficuo svolgimento di quello principale quanto alla adeguata destinazione di energie lavorative verso il rapporto pubblico.

Per **Sez. U, n. 17118/2019, Scrima, Rv. 654299-01**, le controversie relative alla responsabilità del Presidente e dei consiglieri per l'illegittima gestione del patrimonio

degli Ordini dei dottori commercialisti e degli esperti contabili appartengono alla giurisdizione della Corte dei conti, in considerazione della natura pubblica di tali enti e della conseguente destinazione a finalità pubbliche delle risorse economiche che, indipendentemente dalla provenienza, entrano a fare parte del loro patrimonio.

Sez. U, n. 21691/2019, Scrima, Rv. 654844-01, ha affermato che spetta alla giurisdizione del giudice ordinario, e non a quella della Corte dei conti, la controversia avente ad oggetto l'azione di rivalsa esercitata da un Comune - chiamato a rispondere dei danni cagionati ad un privato dalle opere appaltate dall'ente - nei confronti del professionista che abbia svolto l'incarico di progettista e poi di collaboratore alla direzione dei lavori (quale direttore operativo, componente dell'ufficio di direzione dei lavori), non essendo configurabile nella relazione tra l'autore dell'illecito e l'ente pubblico danneggiato un rapporto di servizio, neppure in senso lato.

Sempre in tema di rapporto di servizio, **Sez. U, n. 21871/2019, Scaldaferrì, Rv. 655274-01**, ha rilevato che, in ordine all'azione di responsabilità per danno erariale, sussiste il rapporto di servizio, costituente il presupposto per l'attribuzione della controversia alla giurisdizione alla Corte dei conti, allorché un ente privato esterno all'Amministrazione venga incaricato di svolgere, nell'interesse e con le risorse di quest'ultima, un'attività o un servizio pubblico in sua vece, inserendosi in tal modo nell'apparato organizzativo della P.A., mentre è irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi secondo gli schemi generali previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto o in parte.

Infatti, ad avviso di **Sez. U, n. 00486/2019, Scrima, Rv. 652490-01**, in tema di appalto di opera pubblica, la cognizione dell'azione di responsabilità intentata dall'ente pubblico nei confronti del contraente generale, il quale assume su di sé anche compiti della stazione appaltante, spetta alla giurisdizione della Corte dei conti, qualora si assuma che il danno lamentato derivi dalla violazione degli obblighi afferenti all'attività ed alle funzioni svolte dal convenuto come "agente dell'amministrazione pubblica", in ragione del temporaneo rapporto di servizio pubblico sorto per effetto dell'esercizio di quei poteri, mentre compete all'autorità giurisdizionale ordinaria nel caso in cui si assuma che il danno derivi dall'inadempimento delle obbligazioni poste a carico del contraente generale come "controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica". In applicazione di tale principio, la S.C. ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice contabile in relazione ad una controversia nella quale si prospettava un danno morale, per disservizio e ritardo nella realizzazione dell'opera pubblica, quale conseguenza di numerose varianti approvate in corso d'opera, asseritamente illegittime ed elaborate

con il contributo del contraente generale, rispetto alle quali quest'ultimo aveva all'evidenza agito come affidatario dell'opera, senza esercitare alcuna funzione oggettivamente pubblica.

Con riferimento alla percezione di fondi pubblici, secondo **Sez. U, n. 24858/2019, Giusti, Rv. 655180-01**, sussiste la responsabilità erariale dei soggetti privati che, avendo ricevuto detti fondi, abbiano disposto della somma in modo diverso da quello programmato, ancorché non abbiano presentato la domanda di concessione del finanziamento, poiché tra la P.A. che eroga un contributo e colui che lo riceve si instaura un rapporto di servizio, inserendosi il beneficiario dell'importo nel procedimento di realizzazione degli obiettivi pubblici. Nella specie, la S.C. ha confermato la giurisdizione contabile in relazione ad un giudizio di responsabilità nei confronti di un soggetto che aveva messo la sua identità ed i propri conti correnti bancari a disposizione per commettere una truffa concernente dei contributi dell'Agenzia per le erogazioni in agricoltura - denominati *Set Aside* - e li aveva così percepiti, successivamente utilizzandoli per finalità diverse da quelle previste.

In particolare, **Sez. U, n. 30526/2019, Giusti, Rv. 656071-01**, ha affermato che, in tema di danno erariale, è configurabile un rapporto di servizio tra la pubblica amministrazione erogatrice di un contributo e il soggetto privato che, ponendo in essere i presupposti per la illegittima percezione del finanziamento o disponendo della somma erogata in modo diverso da quello preventivato, abbia frustrato lo scopo perseguito dall'amministrazione, distogliendo le risorse conseguite dalle finalità cui erano preordinate; pertanto, sussiste il rapporto di servizio, ed il conseguente radicamento della giurisdizione della Corte dei conti sul danno erariale, anche in caso di illecita percezione di contributi per l'editoria, essendo questi ultimi intesi, secondo la finalità sottesa alla disciplina di settore, ad agevolare, nell'interesse pubblico al pluralismo dell'informazione, la possibilità di permanenza di imprese editrici nel mercato e, con essa, condizioni di adeguata concorrenzialità.

Pertanto, come precisato da **Sez. U, n. 31755/2019, Conti, Rv. 656080-01**, sussiste la giurisdizione della Corte dei conti in ordine all'azione risarcitoria proposta nei confronti dell'amministratore di una società mista con partecipazione maggioritaria pubblica che sia concessionaria di servizi pubblici, allorquando la condotta del detto amministratore abbia cagionato un danno diretto ed immediato all'ente pubblico partecipante alla società, correlato al mancato assolvimento degli obblighi nascenti dal contratto, potendosi configurare il concorso tra l'illecito contrattuale della società e quello extracontrattuale dell'amministratore, purché tra l'inadempimento di tale società ed il comportamento di chi abbia esercitato le funzioni di organo gestorio esista un nesso di causalità necessaria.

Infine, **Sez. U, n. 00328/2019, Virgilio, Rv. 652489-01**, ha affermato che sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nell'ipotesi di contenzioso relativo alla redazione di un referto non veritiero da parte di un arbitro di calcio, che abbia cagionato danno al Comitato Olimpico Nazionale, atteso che il direttore di gara, nello svolgimento delle sue funzioni, è investito di un'attività avente connotazioni e finalità pubblicistiche, risultando perciò inserito, a pieno titolo, nell'apparato organizzativo e nel procedimento di gestione dei concorsi pronostici da parte del CONI - con il connesso impiego di risorse pubbliche - in forza di un rapporto di servizio in senso lato che, seppure temporaneo e di fatto, è idoneo a configurare la responsabilità contabile.

3. Il giudizio di conto.

Il rapporto fra denaro pubblico e soggetti diversi dallo Stato e dagli enti pubblici è sempre stato di problematico inquadramento giuridico.

Sul punto, **Sez. U, n. 14697/2019, Acierno, Rv. 653988-01**, ha precisato che il concessionario per l'attivazione e la conduzione operativa della rete telematica pubblica, destinata alla gestione del gioco lecito mediante gli apparecchi di cui all'art. 110, comma 6, r.d. n. 773 del 1931, riveste la qualifica di agente contabile e, come tale, è tenuto a presentare il conto giudiziale, dovendo assicurare la corretta contabilizzazione del flusso di denaro proveniente dalle giocate, poiché vengono in questione somme di diretta appartenenza pubblica, senza che assuma rilievo, in senso contrario, la disciplina fiscale, ove soggetto passivo del prelievo erariale unico (PREU) è il concessionario, atteso che questa disciplina, limitata al rapporto di natura tributaria, non incide sulla funzione di agente di riscossione comunque svolta da quest'ultimo.

Inoltre, per **Sez. U, n. 29464/2019, Lombardo, Rv. 656063-01**, il regime privatistico di una società (nella specie, una cooperativa sociale a responsabilità limitata) alla quale il Comune abbia affidato il servizio di gestione dei parcheggi pubblici a pagamento (i cui proventi non solo sono di pertinenza degli enti comunali, ma sono sottoposti ad uno speciale "vincolo pubblicistico" di destinazione alla realizzazione di opere pubbliche ex art. 7, comma 7 del d.lgs. n. 285 del 1992, come modificato dall'art. 1, comma 451, della l. n. 147 del 2013) non impedisce che la stessa rivesta la qualifica di agente contabile, come tale soggetta al giudizio di conto, essendo a questo fine elemento necessario, ma nel contempo sufficiente, che, in relazione al maneggio del denaro, sia costituita una relazione tra ente pubblico ed altro soggetto in forza della quale la percezione del denaro avvenga, in base a un titolo di diritto pubblico o di diritto privato, in funzione della pertinenza

del denaro all'ente pubblico e secondo uno schema procedimentale di tipo contabile.

4. Pubblico impiego e trattamento pensionistico.

Occupandosi di pubblico impiego e pensioni, **Sez. U, n. 15746/2019, Tria, Rv. 654213-01**, ha chiarito che la controversia avente ad oggetto la domanda dell'INPS, nei confronti della P.A. ex datrice di lavoro, di restituzione degli interessi corrisposti su prestazioni pensionistiche pagate in ritardo a causa della tardiva trasmissione, ad opera della predetta P.A., di documenti necessari per la liquidazione della pensione, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non della Corte dei conti, giacché la controversia in questione non investe né l'*an*, né il *quantum*, né la decorrenza della pensione (cioè profili sostanziali idonei a farla rientrare nella sfera di cognizione del giudice contabile ex artt. 13 e 62 del r.d. n. 1214 del 1934), ma riguarda aspetti inerenti ai rapporti tra ente erogatore e datore di lavoro, rispetto ai quali la liquidazione del trattamento pensionistico costituisce una semplice "occasione", ossia un mero presupposto di fatto non controverso che fa solo da sfondo al "*petitum* sostanziale".

Inoltre, per **Sez. U, n. 18263/2019, Vincenti, Rv. 654444-01**, per i dipendenti delle Camere di commercio assunti precedentemente all'entrata in vigore della l.r. Sicilia n. 29 del 1995, il trattamento pensionistico e previdenziale grava unicamente sui bilanci delle predette Camere, che sono tenute alla relativa corresponsione - come si evince anche dalla disposizione di cui all'art. 22, comma 9, della l.r. n. 8 del 2018, che pone l'onere del trattamento pensionistico a carico di un "Fondo unico", una volta costituito dalle Camere in questione -, sicché non può trovare applicazione l'art. 3, comma 1, n. 1, del d.lgs. n. 655 del 1948, sulla istituzione di Sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana, che riserva, tra l'altro, alla Sezione giurisdizionale i giudizi sui ricorsi e sulle istanze degli impiegati della Regione concernenti pensioni, assegni e indennità a carico totale o parziale dello Stato o di altri enti pubblici previsti dalla legge; conseguentemente, le controversie relative al predetto trattamento pensionistico e previdenziale dei dipendenti sopra indicati rientrano nella giurisdizione del rapporto di lavoro, ossia in quella del giudice ordinario, ove concernenti fatti successivi al 30 giugno 1998, momento che - ai sensi dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 - segna il discrimine per l'individuazione del giudice munito di giurisdizione in materia di pubblico impiego (che in precedenza spettava, in via esclusiva, al giudice amministrativo).

Sez. U, n. 31024/2019, Vincenti, Rv. 656074-02, ha chiarito che la controversia avente ad oggetto la domanda di un ex dipendente pubblico volta all'annullamento degli atti costituenti presupposto per la liquidazione della pensione

appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario e non a quella della Corte dei conti, poiché la decisione sulla legittimità di detti atti - con pronunce di carattere caducatorio od annullatorio o anche in via incidentale - è demandata, trattandosi di questione pregiudiziale, al giudice del rapporto di lavoro. (In applicazione di tale principio, la S.C., in relazione a fattispecie in tema di riliquidazione *in pejus* della pensione da parte dell'INPS per effetto di provvedimenti datoriali modificativi della retribuzione accessoria, ha ravvisato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti, poiché soltanto tramite l'affermazione della illegittimità dei provvedimenti in questione - spettante alla cognizione del giudice del lavoro - poteva pervenirsi al ripristino della misura originaria del trattamento pensionistico).

Infine, **Sez. U, n. 21605/2019, Doronzo, Rv. 654878-01**, ha affermato che la controversia, promossa dal pubblico dipendente, avente ad oggetto la domanda di accertamento della causa di servizio diretta ad ottenere l'equo indennizzo, non rientra nella giurisdizione esclusiva della Corte dei conti in materia pensionistica, bensì in quella del giudice ordinario, in quanto il beneficio - volto alla protezione della speciale condizione del dipendente, divenuto infermo in ragione del suo rapporto con l'Amministrazione e del servizio prestato - non attiene ad un rapporto previdenziale autonomo da quello di pubblico impiego, ma trova titolo immediato e diretto in tale ultimo rapporto.

5. Il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione.

La questione dei limiti del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni contabili è sempre di attualità.

Innanzitutto, **Sez. U, n. 04883/2019, Lamorgese, Rv. 653017-01**, ha precisato che l'azione di responsabilità per danno erariale e quella di responsabilità civile promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario restano reciprocamente indipendenti, anche quando investano i medesimi fatti materiali, essendo la prima volta alla tutela dell'interesse pubblico generale, al buon andamento della P.A. e al corretto impiego delle risorse, con funzione prevalentemente sanzionatoria, e la seconda, invece, al pieno ristoro del danno, con funzione riparatoria ed integralmente compensativa, a protezione dell'interesse particolare dell'amministrazione attrice; ne deriva che le eventuali interferenze tra i due giudizi integrano una questione non di giurisdizione, ma di proponibilità dell'azione di responsabilità innanzi al giudice contabile, sempre che non sia contestata dinanzi a quest'ultimo la configurabilità stessa, in astratto, di un danno erariale, in relazione ai presupposti normativamente previsti per il sorgere della responsabilità amministrativa contestata dal P.G. contabile, nel qual caso si configura una questione di giurisdizione risolvibile dalle Sezioni Unite, essendo

posta in discussione la *potestas iudicandi* del giudice contabile, la cui definizione è rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario, poiché la Corte dei conti non è “il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici”.

Inoltre, secondo **Sez. U, n. 08311/2019, Scrima, Rv. 653284-01**, alla luce della sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale - la quale ha carattere vincolante perché volta ad identificare gli ambiti dei poteri attribuiti alle diverse giurisdizioni dalla Costituzione, nonché i presupposti e i limiti del ricorso ex art. 111, comma 8, Cost. - il sindacato della Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione concerne le ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione per “invasione” o “sconfinamento” nella sfera riservata ad altro potere dello Stato ovvero per “arretramento” rispetto ad una materia che può formare oggetto di cognizione giurisdizionale, nonché quelle di difetto relativo di giurisdizione, le quali ricorrono quando la Corte dei conti o il Consiglio di Stato affermino la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro giudice o la neghino sull’erroneo presupposto di quell’attribuzione. L’eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un’attività di produzione normativa che non gli compete, e non, invece, quando si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento “abnorme o anomalo” ovvero abbia comportato uno “stravolgimento” delle “norme di riferimento”, atteso che, in questi casi, può profilarsi, eventualmente, un *error in iudicando*, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

Nella stessa ottica si colloca **Sez. U, n. 09680/2019, Frasca, Rv. 653785-01**, per la quale il giudice contabile non viola i limiti esterni della propria giurisdizione qualora censuri non già la scelta amministrativa adottata, bensì il modo con il quale quest’ultima è stata attuata, profilo che esula dalla discrezionalità amministrativa, dovendo l’agire amministrativo comunque ispirarsi a criteri di economicità ed efficacia. Nella specie, la S.C. ha escluso, quindi, la configurabilità del preteso vizio di eccesso di potere giurisdizionale, sottolineando che il giudice contabile, a fronte dell’opzione di un piccolo Comune di provvedere alla ristrutturazione dell’indebitamento mediante la stipulazione di un contratto di finanza derivata, non aveva ritenuto fonte di responsabilità la scelta adottata dagli amministratori, ma la concreta realizzazione ed esecuzione della stessa, in quanto effettuata mediante la stipula, gravemente imprudente, di un contratto di investimento assistito da insufficienti garanzie.

Infatti, come rilevato da **Sez. U, n. 09680/2019, Frasca, Rv. 653785-02**, ai sensi dell’art. 1, comma 1, primo inciso, della l. n. 20 del 1994, con riferimento ad

una sentenza con cui la Corte dei conti abbia ritenuto la responsabilità del sindaco e degli assessori comunali e di un funzionario in relazione alla conclusione, rivelatasi dannosa, di un'operazione di finanza derivata del tipo *Interest Rate Swap*, con clausole *Floor* e *Cap*, in funzione di un'esigenza di cd. ristrutturazione del debito comunale ex art. 41 della l. n. 448 del 2001 e relative norme attuative, è inammissibile il motivo di ricorso con il quale si censuri la decisione del giudice contabile per pretesa invasione della sfera della discrezionalità dell'amministrazione e, quindi, per eccesso di potere giurisdizionale, lamentando l'erroneità della valutazione con la quale il giudice contabile, per affermare la responsabilità, abbia proceduto a sindacare l'operato del funzionario e degli amministratori comunali, addebitando rispettivamente: al primo di avere concluso il contratto senza avere esperienza sulle operazioni derivate e senza avvalersi di una preventiva consulenza sul contenuto del contratto, ed agli amministratori di avere consentito la stipula del contratto e di avere adottato la deliberazione in violazione dei pareri previsti dall'art. 49 del d.lgs. n. 267 del 2000. L'inammissibilità del motivo è stata giustificata perché la censura, come prospettata, ineriva ad una valutazione compiuta che il giudice contabile aveva effettuato sull'azione del funzionario e degli amministratori secondo i criteri di efficacia ed economicità previsti dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990 e, dunque, secondo parametri di legittimità che la collocavano all'interno della giurisdizione contabile e non esprimevano un sindacato del merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione, di cui al citato art. 1 della l. n. 20 del 1994, come tale fonte del prospettato eccesso di potere giurisdizionale.

Pertanto, ad avviso di **Sez. U, n. 30527/2019, Giusti, Rv. 656072-01**, l'insindacabilità "nel merito" delle scelte discrezionali compiute da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti non comporta che esse siano sottratte ad ogni possibilità di controllo e, segnatamente, a quello della conformità alla legge che regola l'attività amministrativa, potendo e dovendo la Corte dei conti verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente, che devono essere ispirati ai criteri di economicità ed efficacia, rilevanti sul piano non della mera opportunità, ma della legittimità dell'azione amministrativa. (Nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso, volto a denunciare l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata alla discrezionalità della P.A., proposto avverso una decisione del giudice contabile che aveva ritenuto esorbitante dai canoni di ragionevolezza ed economicità la scelta di un assessore provinciale di acquisire in locazione - per una destinazione museale con progetto in fase nemmeno embrionale - un immobile inidoneo all'uso immediato ed a condizioni economiche squilibrate a favore del locatore).

Sez. U, n. 21692/2019, Berrino, Rv. 655292-01, ha chiarito, quindi, che la declaratoria di inammissibilità della domanda di accertamento negativo della

responsabilità amministrativo-contabile di un pubblico dipendente concerne una statuizione riguardante una violazione endoprocessuale, rientrante nell'ambito del sindacato interno della giurisdizione stessa.

Inoltre, **Sez. U, n. 22711/2019, Scarano, Rv. 655320-01**, ha precisato che, in tema di sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni giurisdizionali del giudice contabile (o amministrativo), l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una da lui creata, esercitando un'attività che non gli compete. L'ipotesi non ricorre quando il giudice speciale si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la *voluntas legis* rilevante nel caso concreto, anche se questa sia stata desunta non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che il loro coordinamento sistematico disvela, tale operazione ermeneutica potendo dare luogo, eventualmente, ad un *error in iudicando*, ma non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale.

In particolare, per **Sez. U, n. 29084/2019, Cirillo F.M., Rv. 656060-01**, in tema di responsabilità erariale, l'asserita erronea determinazione del danno attiene al concreto esercizio della *potestas iudicandi* della Corte dei conti, per cui ogni contestazione al riguardo, inerendo alla corretta applicazione delle norme riguardanti la fondatezza della pretesa risarcitoria, non travalica i limiti interni della giurisdizione contabile e non può, pertanto, essere sindacata dinanzi alla Corte di cassazione. (Nella specie, le Sezioni Unite hanno dichiarato inammissibile il ricorso di un medico teso a lamentare la mancata allegazione e dimostrazione nella sentenza d'appello delle voci di danno subite dall'ente ospedaliero universitario in conseguenza della condotta di detto professionista che, pur optando per il regime del tempo pieno e *intra moenia*, aveva svolto libera attività professionale presso una società privata).

Infine, **Sez. U, n. 24858/2019, Giusti, Rv. 655180-02**, ha affermato che il difetto di interesse ad agire per mancanza di lesione costituisce una questione relativa ai presupposti dell'azione, la cui decisione rientra nei limiti interni della giurisdizione contabile, con la conseguenza che il ricorso per cassazione che prospetti tale vizio sotto il profilo del difetto di giurisdizione è inammissibile, non riguardando il superamento dei limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti.

6. Ulteriori profili processuali.

Nel corso del 2019 le Sez. U, sono tornate, in relazione all'eccesso di giurisdizione del giudice contabile, sull'effetto preclusivo del giudicato implicito.

Al riguardo si segnala **Sez. U, n. 09680/2019, Frasca, Rv. 653785-03**, la quale ha affermato che la possibile formazione e la conseguente rilevazione, da parte della

Corte di cassazione, di un giudicato interno sulla giurisdizione per effetto della sentenza di primo grado, sono configurabili solo quando l'eccesso sia stato commesso dal giudice speciale di primo grado, la sentenza non sia stata impugnata in appello sul punto ed il giudice speciale di secondo grado abbia a sua volta giudicato, confermando la decisione; qualora, invece, l'eccesso di potere giurisdizionale sia contestato in riferimento alla sentenza di secondo grado, assumendosi che vi sia incorso direttamente il giudice d'appello, oppure, ove l'eccesso sia stato commesso dal primo giudice, il vizio sia stato fatto valere mediante l'appello, ma il giudice di secondo grado abbia disatteso il relativo motivo di impugnazione, così avallando a sua volta l'eccesso, la formazione di un giudicato interno si verifica se la sentenza di appello non venga impugnata sul punto in Cassazione.

Tuttavia, come chiarito da **Sez. U, n. 1034/2019, Rv. 653929-01**, non è configurabile un giudicato implicito sulla giurisdizione, preclusivo del ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in relazione alla statuizione del giudice speciale di primo grado che sia astrattamente affetta dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale non specificamente dedotto in sede di gravame, in quanto detto vizio non dà luogo ad un capo autonomo sulla giurisdizione autonomamente impugnabile in appello, ma si traduce in una questione di merito, del cui esame il giudice speciale di secondo grado viene investito con la proposizione del gravame in base alle regole processuali proprie del plesso giurisdizionale di riferimento; pertanto, l'interesse a ricorrere alle Sezioni Unite potrà sorgere esclusivamente rispetto alla sentenza d'appello che, essendo espressione dell'organo di vertice del relativo plesso giurisdizionale speciale, è anche la sola suscettibile di arrecare un "vulnus" all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri, amministrativo e legislativo.

Coerente con quest'ultima pronuncia è il principio affermato da **Sez. U, n. 13436/2019, Cirillo F.M., Rv. 654027-01**, secondo il quale ai fini della formazione del giudicato, anche implicito, sulla giurisdizione, è necessaria l'esistenza, nella sentenza di primo grado, di un capo autonomo su di essa impugnabile, ma non impugnato, in appello. Tale situazione non è configurabile in ordine ad una sentenza di primo grado astrattamente affetta da vizio di eccesso di potere giurisdizionale poiché, nell'ambito del plesso giurisdizionale della Corte dei conti o del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere che si sia determinato, in ipotesi, nel giudizio di primo grado, dovrà essere corretto con l'esperimento delle relative impugnazioni; pertanto, l'interesse a ricorrere alle Sezioni Unite potrà sorgere esclusivamente rispetto alla sentenza d'appello che, essendo espressione dell'organo di vertice del relativo plesso giurisdizionale speciale, è anche la sola suscettibile di arrecare un *vulnus* all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri, amministrativo e legislativo.

Un altro tema di rilievo è stato affrontato da **Sez. U, n. 30007/2019, De Stefano, Rv. 656067 – 01**. Tale pronuncia ha precisato che l'azione di ripetizione dell'indebito relativa ad erogazioni pubbliche, avendo come fondamento l'oggettiva inesistenza dell'obbligazione adempiuta (senza che assuma alcuna rilevanza lo stato soggettivo dell'*accipiens*) e come obiettivo l'integrale recupero di una attribuzione patrimoniale priva di causa giustificatrice, non può essere ricondotta né ad una azione risarcitoria per responsabilità contabile né ad una azione in tema di contabilità pubblica, atteso che la prima si fonda sui medesimi elementi costitutivi, sia oggettivi che soggettivi, della responsabilità civile generale e tende al contemperamento del pubblico interesse all'obbligatorietà e integralità del recupero con altri interessi generali, mentre la seconda presuppone la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto di gestione e la natura pubblica o equiparabile del soggetto beneficiario; pertanto, la relativa domanda, anche quando proposta nelle forme previste dal r.d. n. 639 del 2010, non rientra nella giurisdizione, tanto meno esclusiva, della Corte dei conti, ma resta devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

CAPITOLO V

IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE TRA GIUDICE NAZIONALE E GIUDICE STRANIERO

(DI STEFANIA BILLI)

SOMMARIO: 1. Premesse generali e clausole di deroga e di proroga della giurisdizione – 2. Azioni contrattuali e contratti – 3. Lavoro – 4. Diritti reali – 5. Divisioni ereditarie – 6. Delibazione sentenze straniere – 7. Illeciti civili – 8. Controversie fiscali

1. Premesse generali e clausole di deroga e di proroga della giurisdizione.

La tematica dei limiti esterni della giurisdizione ogni anno acquista maggiore spessore nelle pronunce della S.C., in relazione all'evolversi della funzione delle norme sulla giurisdizione, soprattutto quelle relative al rapporto tra il giudice nazionale e quello straniero. Esse, come è ben noto, sono nate e per lungo tempo, almeno fino alla prima metà del novecento, sono state considerate come una delle espressioni della sovranità statale.

E' con la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre del 1968, resa esecutiva in Italia con la legge 21 giugno 1971, n. 804, che sorge un trattato internazionale multilaterale sulla giurisdizione e sull'efficacia di atti e decisioni, con cui gli Stati che ne fanno parte si coordinano per potere distribuire tra loro il potere di giurisdizione nei reciproci rapporti.

Esso costituisce la prima grande espressione del processo di integrazione europea e del consolidamento dello sviluppo del commercio internazionale realizzando il primo passo verso la modifica della funzione delle norme sulla giurisdizione. La ragione fondante di dette disposizioni risiede, infatti, nell'esigenza di una migliore cooperazione tra gli Stati.

Non è un caso che con l'adozione della Convenzione per la prima volta vengano introdotte nel nostro ordinamento la nozione di litispendenza internazionale e la deroga alla giurisdizione italiana. Il criterio generale della cittadinanza, espressione tipica dell'originaria concezione sovranista, viene, dunque, sostituito con quello del domicilio, inizialmente nel solo ambito della Convenzione e successivamente ripreso anche nella l. 31 maggio 1995, n. 218.

L'utilità del sistema adottato con la citata Convenzione ha trovato un chiaro riscontro, quando la Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, ne ha esteso la sua applicazione agli Stati dell'allora Comunità Europea e a Stati di un'altra organizzazione economica, l'Associazione Europea del Libero Scambio (AELS o EFTA dall'acronimo inglese).

A decorrere dal 1° marzo 2002, è entrato in vigore, poi, il Regolamento n. 44 del 2001 (Bruxelles I) del 22 dicembre 2000, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles, determinando, non solo, un mutamento della fonte, da internazionale a comunitaria, ma anche alcune significative modifiche di disciplina. Si ricorda, tuttavia, che la maggior parte delle norme della Convenzione è stata trasfusa nel Regolamento. Il citato Regolamento è l'espressione della nuova competenza acquisita dall'Unione europea ad adottare direttamente atti di diritto internazionale privato, senza dovere ricorrere a convenzioni internazionali.

Il sistema è stato ulteriormente modificato attraverso l'adozione del Regolamento n. 1215 del 12 dicembre 2012 (Bruxelles I bis) che in buona misura ha riproposto la disciplina del precedente regolamento.

Si può, pertanto, ritenere che la descritta normativa si caratterizza per una sostanziale continuità, tanto che si concorda con la migliore dottrina nel senso dell'esistenza di un nucleo della disciplina che regola la giurisdizione internazionale applicato all'intero territorio europeo dalla seconda metà del '900 fino ai nostri giorni.

Nel quadro normativo, da alcuni definito sistema Bruxelles I, il domicilio del convenuto, come già detto, costituisce il criterio generale di giurisdizione, fondato sulle ragioni di tutela delle esigenze di difesa del convenuto. La condizione è che almeno una delle parti sia domiciliata in uno Stato membro per l'evidente ragione di assicurare un coefficiente minimo di integrazione della lite nella UE.

In tale senso **Sez. U, n. 4884/2019, Lamorgese, Rv. 652856–01**, ha riaffermato che l'art. 6, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, secondo cui, in caso di pluralità di convenuti, quello domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato davanti al giudice nella cui circoscrizione è situato il domicilio di uno di essi, riguarda l'ipotesi del cumulo soggettivo, per la cui sussistenza è necessario che non ricorra la pretestuosità, cioè il fine di provocare lo spostamento della competenza giurisdizionale per ragioni di connessione. Tale fine deve essere escluso ove, dalla prospettazione della domanda, risulti che ciascun convenuto non sia estraneo alla pretesa fatta valere in giudizio.

La S.C., dando applicazione a tali principi, ha dichiarato la giurisdizione del giudice italiano a conoscere di una controversia in cui l'attore, residente in Russia, aveva proposto una domanda di nullità, simulazione o revocazione di una cessione di quote sociali effettuata dalla ex coniuge in favore della figlia nata da un precedente matrimonio, entrambe convenute e residenti in Russia, ed aveva contestualmente citato la società, avente sede in Italia, proponendo nei confronti di quest'ultima una domanda di restituzione della quota corrispondente ai versamenti effettuati dalla ex coniuge in regime di comunione dei beni. L'arresto si pone sulla scia di quanto

espresso a suo tempo da Sez. U, n. 26937/2013, Vivaldi, Rv. 628677-01, resa, invece, in tema di danni da contratto di investimento.

Il sistema Bruxelles I individua, accanto al criterio generale del domicilio, altri criteri, definiti speciali, previsti per determinate fattispecie, giustificati dal principio di prossimità.

In materia contrattuale esso attribuisce la competenza al giudice del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio che, in mancanza di un'autonoma definizione, viene determinata in base alla legge richiamata dalle norme di conflitto del giudice adito. In via esemplificativa, ove venisse adito il giudice italiano, dovrà avere applicazione il Reg. Roma I.

Si ricorda che, se nella Convenzione di Bruxelles detta disciplina trova applicazione per tutti i contratti, essa, tuttavia, trova delle eccezioni nei regolamenti successivi, proprio per i contratti di frequente applicazione. In particolare, per i contratti di compravendita di beni è competente il giudice del luogo dove sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati i beni in base al contratto; per i contratti di prestazione di servizi è, invece, competente il giudice del luogo dove i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati.

Per gli illeciti civili è stabilita la competenza del giudice del luogo in cui è avvenuto o può avvenire l'evento dannoso. Tale criterio è stato offerto come soluzione ai problemi interpretativi posti dagli illeciti cd. a distanza, come, ad esempio, in materia di diffamazione a mezzo stampa, di inquinamento ambientale, di illeciti commessi attraverso la rete Internet.

Si precisa, invero, che in materia di inquinamento ambientale transfrontaliero, la Corte di Giustizia ha applicato la teoria dell'ubiquità, ritenendo competenti, sia il giudice del luogo della condotta, sia di quelli in cui si è verificato il danno, affidando all'attore la scelta tra i suddetti fori.

Il predetto sistema Bruxelles I, inoltre, prevede criteri speciali a protezione delle parti contrattuali deboli, per i contratti di: assicurazione, consumo e lavoro dipendente. Per tali figure negoziali il particolare favore consiste nell'offrire alla parte debole che agisce la scelta tra più giudici competenti.

Il quadro della disciplina si completa con la previsione dei cd criteri esclusivi, che sono imperativi ed inderogabili. Essi derogano, dunque, al foro del domicilio, impediscono l'applicazione dei criteri speciali e fanno eccezione all'istituto della litispendenza. L'elenco di essi (art. 16 Conv. Bruxelles, art. 22 Regolamento Bruxelles I, e art. 24 Regolamento Bruxelles I bis) è tassativo e in essi sono ricompresi i diritti reali su beni immobili ed i contratti di affitto su di essi, per i quali è competente il giudice dello Stato dove si trova l'immobile.

Rientrano nei criteri esclusivi, inoltre, le controversie in materia di validità, nullità, scioglimento società e di validità delle decisioni societarie attribuite alla cognizione dei giudici della sede della società.

Altre ipotesi di criteri esclusivi riguardano le trascrizioni o iscrizioni in pubblici registri per le quali è competente il giudice del luogo dove sono tenuti i registri; il deposito o la registrazione di privative industriali, per cui è competente il giudice ove è stato o avrebbe dovuto essere richiesto il deposito o la registrazione; l'esecuzione di sentenze straniere per le quali è competente il giudice dello Stato dove deve avere luogo l'esecuzione.

L'evoluzione della funzione della giurisdizione, cui sopra si è fatto cenno, si esprime anche attraverso l'istituto della proroga o deroga della stessa (artt. 17, 18 Conv. Bruxelles, artt. 23 e 24 Regolamento Bruxelles I, artt. 25 e 26 Regolamento Bruxelles I bis). Tale disciplina, non solo, pone sul medesimo piano le giurisdizioni dei diversi Stati, ma offre anche alle parti la possibilità di scegliere la giurisdizione più confacente ai propri interessi. Viene così a profilarsi una giurisdizione sempre più al servizio dei privati, dagli stessi opzionabile e si decolora l'originaria giurisdizione che si imponeva sulla volontà delle parti.

I privati, dunque, possono raggiungere un accordo sulla competenza, cd. proroga espressa della competenza, che esplicitamente prevede un effetto attributivo con conseguente deroga di altre norme sulla competenza previste dalla Convenzione. L'accordo può anche essere contenuto, ed è l'ipotesi più ricorrente, in una clausola di un contratto avente un oggetto differente.

La proroga tacita risulta, invece, dal comportamento concludente delle parti, consistente nella citazione in giudizio dinanzi ad un giudice privo di competenza e dalla relativa costituzione del convenuto che non ne contesti l'incompetenza, prima di difendersi nel merito.

L'istituto della proroga o deroga della competenza trova un doppio limite, come si è visto, nelle competenze esclusive e nelle competenze cd imperative, che rispondono alla finalità protezione di un contraente "debole" sopra ricordate.

Posta la breve e non esaustiva premessa, in applicazione dei principi generali che regolano i rapporti tra le fonti di diritto europeo e quelle del nostro ordinamento, **Sez. U, n. 12585/2019, Virgilio, Rv. 653932-01**, ha affermato anche nella materia dei diritti indisponibili la prevalenza della clausola di deroga della giurisdizione, stipulata ai sensi dell'art. 25 del Regolamento n. 1215 del 2012, sull'art. 4, comma 2, della l. 31 maggio 1995, n. 218.

Si ricorda che l'art. 25 del Regolamento citato ammette, al ricorrere di determinate e tassative condizioni, la possibilità per le parti di un determinato rapporto giuridico di concordare la competenza di un'autorità o di autorità giurisdizionali di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o

future, fatta eccezione per l'ipotesi di accordo nullo dal punto di vista della validità sostanziale secondo la legge di tale Stato membro. Detta competenza è esclusiva salvo diverso accordo tra le parti.

L'art. 4 della l. n. 218 del 1995, riconosce, invece, la possibilità di deroga convenzionale della giurisdizione solo nella materia dei diritti disponibili, se provata per iscritto.

La pronuncia è particolarmente significativa, in quanto scioglie un'apparente discrasia tra le due discipline ora richiamate, chiarendo che la previsione contenuta nel nostro ordinamento di una deroga convenzionale di portata più ristretta va a pregiudicare l'applicazione del Regolamento, in quanto in contrasto con i caratteri di diretta applicabilità e cogenza e con la finalità di unificazione delle norme nazionali in materia, ad essa attribuiti dai "considerando" 4 e 6 del citato regolamento. Da qui la prevalenza della fonte comunitaria.

Nella materia del trasporto marittimo, invece, **Sez. 3, n. 2331/2019, Guizzi, Rv. 652658-01** conferma l'indirizzo espresso da Sez. U, 3568/2011, Segreto, Rv. 615916-01, secondo cui la clausola derogativa della giurisdizione del giudice italiano che le parti contraenti, nel concorso dei presupposti e dei requisiti fissati dal diritto comune o dal diritto speciale internazionale applicabile al rapporto, abbiano validamente inserito nel contratto e riportato nell'originale negoziabile della polizza di carico, è operante anche nei confronti dei successivi prenditori del titolo, secondo la relativa legge di circolazione. Se ne fa discendere che gli adempimenti formali, pur costituendo i presupposti di validità della polizza, in considerazione della stretta connessione fra l'esecuzione del trasporto ed il diritto alla consegna della merce che scaturisce dalla polizza in favore del portatore, non devono essere necessariamente ripetuti, ad ogni suo trasferimento.

Un aspetto significativo della legge n. 218 del 1995, come sopra ricordato, è la rilevanza riconosciuta all'istituto della litispendenza all'estero, per favorire le ragioni di economia processuale. L'art. 7 della legge ora citata, sulla base del nostro fondamentale principio processuale della domanda, dispone che la litispendenza deve essere eccepita e, se l'eccezione viene accolta, il giudice dovrà sospendere il processo al ricorrere delle seguenti condizioni: una causa identica pende innanzi ad un giudice di uno stato straniero; la causa straniera può produrre effetti per l'ordinamento italiano.

Tale normativa si inserisce nel sistema Bruxelles I (artt. 21 e 23 Conv. Bruxelles, 27 e 29 Regolamento Bruxelles I, 29, 31, 32, e 33 Regolamento Bruxelles I bis) che si caratterizza per l'intento di conciliare la necessità di evitare conflitti di giurisdizione con quella di non restringere eccessivamente le possibilità di tutela giurisdizionale e si fonda sul principio di equivalenza delle giurisdizioni degli Stati

membri, in vista di un'attenuazione delle concezioni fondate sulla sovranità in favore del valore del coordinamento delle sovranità.

L'antiorità della pendenza della causa deve essere stabilita in relazione a quanto previsto da ciascuno degli ordinamenti interessati. La litispendenza è rimessa all'accertamento d'ufficio ove sia tra giudici europei, mentre opera su eccezione di parte nel caso in cui l'altro giudice appartenga ad uno Stato terzo.

Il criterio di coordinamento è quello della prevenzione temporale e ed è, dunque, competente il giudice adito per primo.

Se, tuttavia, uno dei giudici fonda la propria giurisdizione su un criterio esclusivo di giurisdizione, egli prevale anche se adito per secondo.

Il Regolamento di Bruxelles I bis, all'art. 31, ha introdotto, in aggiunta alle eccezioni al criterio di prevenzione già viste, anche la proroga di giurisdizione disponendo che, se uno dei giudici è adito in virtù di un accordo di proroga, deve prima accertare la propria competenza e, in caso positivo, decide la controversia.

L'art. 30 del Regolamento Bruxelles I, ha, poi, finalmente individuato il momento in cui viene determinato il giudice adito, che è quello del deposito della domanda o della sua notifica. L'art. 32 n. 2 del Regolamento Bruxelles I bis ha aggiunto l'obbligo di ogni autorità giurisdizionale di comunicare, ove richiesta da altra autorità, la data in cui è stata adita.

L'effetto della litispendenza è che il giudice prevenuto o secondario deve sospendere il giudizio in attesa che l'altro giudice accerti la propria giurisdizione. Se l'accertamento è positivo, il giudizio sospeso si estingue; in ipotesi contraria, prosegue.

La disciplina della connessione è regolata in modo analogo (art. 22 Conv. Bruxelles, art. 28 Regolamento Bruxelles, art. 30 Regolamento Bruxelles I bis) e si verifica quando innanzi a due giudici di diversi Stati membri pendano cause che, anche se non siano identiche, siano così strettamente collegate da rendere opportuna un'unica trattazione e decisione. La connessione, tuttavia, opera solo su eccezione di parte e il giudice prevenuto o secondario non è obbligato a sospendere il giudizio, avendone ha solo la facoltà.

In tale quadro, sullo spinoso tema del conflitto tra clausole di proroga della giurisdizione nell'ipotesi di litispendenza o connessione di cause, secondo **Sez. U, n. 12638/2019, Bisogni, Rv. 653936-01** il criterio della prevalenza della clausola esclusiva di giurisdizione concordata tra le parti, previsto dall'art. 31, par. 2, del Regolamento UE n. 1215 del 2012 (Bruxelles I bis), deve cedere il passo al criterio della prevenzione.

In altri termini, la giurisdizione spetta al giudice preventivamente adito quando il rapporto giuridico tra le parti sia disciplinato da molteplici regolamentazioni contrattuali, contenenti più clausole di proroga tra loro confliggenti. Ne consegue

che il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento, finché sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza, ai sensi dell'art. 29 dello stesso regolamento.

Sulla medesima questione **Sez. U, n. 12638/2019, Bisogni, Rv. 65393–02** ha escluso che possa essere esperito il regolamento preventivo di giurisdizione qualora il giudice straniero sia stato preventivamente adito, in base a una clausola di attribuzione esclusiva della giurisdizione, rispetto al giudice italiano successivamente adito, anch'esso in base a una clausola attributiva in via esclusiva della giurisdizione.

Il ricorso per il regolamento preventivo è, dunque, inammissibile nel caso di conflitto fra clausole di proroga della giurisdizione che attribuiscano la competenza a giudici di diversi paesi dell'Unione europea, relativamente a controversie in cui sussista una ipotesi di litispendenza o connessione.

2. Azioni contrattuali e contratti.

Per le azioni contrattuali, ai fini della giurisdizione, **Sez. U, n. 6280/2019, De Stefano, Rv. 652981–02**, ha chiarito che le condizioni fattuali da valutare sono quelle esistenti al momento della proposizione domanda, come previsto dall'art. 5 c.p.c., e non quelle ravvisabili al tempo della conclusione del contratto per cui è causa, anche in caso di applicazione della Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007, ratificata dall'UE con decisione del Consiglio del 27 novembre 2008 ed entrata in vigore nei rapporti con la Confederazione elvetica il 1° gennaio 2011.

La pronuncia ha altresì, precisato che in ipotesi di azione di responsabilità contrattuale proposta da un consumatore nei confronti di un istituto di credito di diritto svizzero che abbia svolto o svolga o abbia diretto o diriga in Italia, anche per il tramite di mandatarî o di società strettamente collegate, attività professionali cui sia riconducibile il contratto per cui è causa, sussiste la giurisdizione del giudice italiano, ai sensi degli artt. 15, paragrafo 1, e 16, paragrafo 1, della Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 sopra citata (**Sez. U, n. 6280/2019, De Stefano, Rv. 652981–01**).

Passando alla disamina delle pronunce in tema di contratti tipici, per il contratto di mandato, **Sez. U, n. 20503/2019, Acierno, Rv. 654944–01** ha sgombrato il campo da dubbi, escludendo che possa farsi ricorso ad alcuno dei criteri indicati dall'art. 50 della l. 31 maggio 1995, n. 218, ai fini del riconoscimento della giurisdizione italiana, in ipotesi di domanda risarcitoria proposta dall'erede del mandante nei confronti del mandatario, fondata sull'inadempimento dell'obbligo di rendiconto che grava sul mandatario anche dopo la morte del mandante in favore degli eredi.

La relativa controversia, infatti, non integra una causa successoria, la quale è configurabile solo allorché sorga tra successori veri o presunti a titolo universale o particolare e abbia come oggetto principale l'accertamento di beni o diritti caduti in successione o che si ritenga debbano costituirne parte.

Con riguardo, invece, al trasporto aereo internazionale **Sez. U, n. 18257/2019, Acierno, Rv. 654582–01**, sul nuovo fronte degli acquisti effettuati via etere, ha fornito i canoni interpretativi del criterio di collegamento individuato dall'art. 33, comma 1, della Convenzione di Montreal del 1999, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 12 del 2004. La pronuncia è stata resa in relazione ad una domanda di risarcimento dei danni, proposta da due passeggeri, nella specie, cittadini italiani, nei confronti di una compagnia aerea extraeuropea, a causa di disservizi conseguenti all'acquisto di titoli di viaggio avvenuto interamente "on line". Si è affermato, in proposito, che la giurisdizione può radicarsi nel domicilio degli acquirenti, da intendersi quale luogo nel quale gli stessi siano venuti a conoscenza dell'accettazione della proposta formulata con l'invio telematico dell'ordine e del pagamento del corrispettivo. In tal modo, dunque, deve essere interpretato il criterio del luogo ove è sito lo stabilimento del vettore che cura la conclusione del contratto, previsto dal sopra richiamato articolo, trattandosi di criterio concorrente con quelli del domicilio del vettore e del luogo di destinazione del viaggio.

A conferma dell'orientamento, da ritenere ormai consolidato, espresso da Sez. U, n. 24279/2014, D'Ascola, Rv. 633177–01, nella diversa materia della vendita internazionale a distanza di beni mobili, **Sez. U, n. 17566/2019, Di Virgilio, Rv. 654416–01**, ha ribadito che il giudice chiamato a decidere sulla propria giurisdizione, rispetto a tutte le controversie nascenti dal contratto, ivi comprese quelle relative al pagamento dei beni alienati, deve applicare il criterio del luogo di esecuzione della prestazione di consegna, di cui all'art. 5, n. 1, lett. b) del Regolamento n. 44 del 2001.

Una diversa convenzione stipulata dalle parti sul luogo di consegna dei beni, per prevalere, deve essere chiara ed esplicita, sì da risultare nitidamente dal contratto, con possibilità di far ricorso, ai fini dell'identificazione del luogo, ai termini e alle clausole generalmente riconosciute nel commercio internazionale, quali gli Incoterms (International Commercial Terms), a condizione che da essi risulti con chiarezza la determinazione contrattuale.

La pronuncia si inserisce, dunque, armonicamente nel sistema Bruxelles I, come sopra richiamato e si pone in linea di continuità con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, tra cui si può richiamare la sentenza 9 giugno 2011, in causa C-87/10.

Sembra utile precisare che il principio è stato affermato con riferimento alla clausola Incoterms, contenuta nel contratto, "FCA Free Carrier ... named place" e la S.C. ha ritenuto che essa non palesasse la chiara ed univoca volontà delle parti di stabilire il luogo di consegna della merce, in deroga al criterio fattuale del recapito

finale, essendo la predetta clausola intesa essenzialmente a regolamentare il profilo del passaggio dei rischi e dei costi del trasporto successivo al compratore.

Nel diverso ambito delle figure negoziali atipiche **Sez. U, n. 7621/2019, De Stefano, Rv. 653309–02** è intervenuta in tema di trust costituito all'estero, in paesi, ove non trova applicazione alcuno strumento eurounitario. La pronuncia appare di particolare rilevanza, in quanto diretta a disciplinare le ipotesi di costituzione di capitali in paesi, individuati comunemente come paradisi fiscali.

Nella fattispecie il regolamento di giurisdizione è stato sollevato in occasione di un'azione di nullità di "trust", autodichiarato, irrevocabile e discrezionale, istituito all'estero, con "trustee" originario e successivo entrambi stranieri e beneficiari originari italiani. Il negozio prevedeva una clausola di proroga della giurisdizione in favore di uno Stato indipendente, quali le Isole Cayman, territorio britannico oltremare, dotato di amplissima autonomia e retto da una Costituzione concessa dal Sovrano del Regno Unito, cui non si applica, né la Convenzione di Bruxelles del 1968, né il Regolamento n. 44 del 2001 (Bruxelles I), né il Regolamento n. 1215 del 2012 (Bruxelles I bis).

Il "trustee" originario era un soggetto di nazionalità delle Isole Cayman, mentre il "trustee" al tempo della proposizione della domanda era della Confederazione elvetica, ivi domiciliato. La pronuncia chiarisce che la domanda proposta dal disponente o "settlor" nei confronti, sia del "trustee" successivo, domiciliato nella Confederazione elvetica, sia del beneficiario, avente domicilio in Italia, volta a far valere, rispettivamente, l'invalidità della costituzione del rapporto tra le parti del "trust" e la conseguenziale insussistenza di crediti della beneficiaria sul relativo patrimonio o sui redditi prodotti, ex art. 6, n. 1, della Convenzione di Lugano del 2007, di tenore identico all'art. 6, n. 1, del Regolamento n. 44 del 2001, ora trasfuso nell'art. 8, n. 1, del Regolamento n. 1215 del 2012, appartiene alla giurisdizione del giudice italiano.

E' stata attribuita, dunque, rilevanza all'aspettativa giuridicamente tutelabile della beneficiaria, fondata sul presupposto dell'unitarietà del titolo e della sussistenza di un evidente vincolo di interdipendenza tra la declaratoria di nullità e quella di restituzione dei beni, in base al complesso meccanismo di operatività del "trust" da verificare nel suo concreto atteggiarsi nella fattispecie ad opera del giudice munito di giurisdizione.

Logico corollario è che la clausola negoziale di proroga della giurisdizione in favore dei giudici dello Stato estero per le controversie in materia di "administration" del "trust" non si estende a quella in tema di validità del rapporto nel suo complesso considerato (**Sez. U, n. 7621/2019, De Stefano, Rv. 653309–01**).

3. Lavoro

Nella materia del contratto individuale di lavoro, ai fini dell'individuazione della competenza giurisdizionale, **Sez. L, n. 5187/2019, Cinque, Rv. 653022-01** ha finalmente chiarito che l'art. 19 del Regolamento n. 44 del 2001, quale disposizione speciale, prevedendo che il datore di lavoro domiciliato nel territorio di uno Stato membro possa essere convenuto davanti ai giudici dello Stato membro in cui è domiciliato o, qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, davanti al giudice del luogo in cui è o era situata la sede di attività presso la quale è stato assunto, indica fori alternativi, come si evince dal tenore letterale della disposizione, per la presenza della particella disgiuntiva "o".

La disposizione è applicabile, ai sensi dell'art. 18 del medesimo Regolamento, a condizione che non si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede di attività. Il principio è stato affermato in relazione ad una controversia promossa da un lavoratore italiano per il conseguimento del risarcimento dei danni patiti a seguito di infortunio sul lavoro avvenuto in Francia e la S.C. ha ritenuto che fosse stato correttamente adito il giudice italiano, essendo il datore di lavoro domiciliato in Italia e ritenendo irrilevante, quindi, il luogo dell'attività prevista dal contratto di lavoro.

Sempre in tema, ma con riferimento al Regolamento n. 1215 del 2012, **Sez. U, n. 18081/2019, Berrino, Rv. 654443-01**, ha contribuito all'interpretazione del criterio di collegamento previsto dall'art. 21, comma 1, lett. b, punto ii) che consente di convenire in giudizio il datore di lavoro domiciliato in uno Stato membro davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui è o era situata tale sede.

Si è affermato che, qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, l'espressione "sede d'attività" presso la quale egli è stato assunto attiene all'organizzazione sul territorio del datore di lavoro, mentre la prevalenza dello svolgimento in un determinato ambito territoriale delle prestazioni rese dal lavoratore attiene alle concrete modalità esecutive dell'obbligazione assunta dal lavoratore.

Nella fattispecie sottesa alla decisione la S.C. ha confermato la giurisdizione del giudice italiano in una ipotesi in cui l'attività lavorativa, pur inerendo a diversi paesi del sud Europa, veniva svolta dal lavoratore avendo come punto di riferimento e sede principale il proprio domicilio in Italia. Il luogo prescelto dal datore di lavoro per organizzare la propria attività imprenditoriale è stato inteso, dunque, quale sede di lavoro, con conseguente possibilità di non coincidenza, sia con il luogo di conclusione del contratto, sia con quello di esecuzione delle prestazioni lavorative.

4. Diritti reali.

Sul fronte dei diritti reali, **Sez. U, n. 4885/2019, Sambito, Rv. 652857–01** ha colto l'occasione per chiarire che il criterio di collegamento dettato dall'art. 22 del Regolamento n. 44 del 2001 è di stretta interpretazione. La disposizione, come è noto, prevede che in materia di diritti reali immobiliari, sussiste la competenza esclusiva dei giudici dello Stato membro in cui è situato l'immobile.

La pronuncia, in linea con l'interpretazione data dalla giurisprudenza euromunitaria, ha precisato che la disposizione trova applicazione solo con riguardo alle azioni che tendono a determinare l'estensione, la consistenza, la proprietà, il possesso di beni immobili o l'esistenza di altri diritti reali su tali beni e ad assicurare ai titolari di questi diritti la protezione delle prerogative derivanti dal loro titolo. La ragione di tale competenza esclusiva si fonda, come si è visto sopra, sull'esigenza, propria di tali controversie, di accertamenti e perizie da effettuarsi sul posto che determinano la deroga normativa al criterio generale del domicilio.

Ne deriva che non può farsi ricorso a detto criterio di collegamento per il perseguimento di finalità ulteriori e diverse da quelle ora enunciate. Nel caso affrontato dalla decisione richiamata è stato escluso il predetto criterio di collegamento in relazione ad una controversia tra due coniugi cittadini stranieri, relativa ad un immobile situato sul territorio italiano, nella quale l'accertamento invocato da uno di essi della proprietà comune sull'immobile acquistato dall'altro, dipendeva dalla risoluzione della pregiudiziale questione circa gli effetti prodotti, sui rispettivi acquisti, dal regime patrimoniale in cui essi si trovavano, disciplinato dall'ordinamento svizzero.

5. Divisioni ereditarie.

Nell'ambito dei diritti di successione sono stati forniti ulteriori criteri ai fini dell'individuazione della giurisdizione da **Sez. U, n. 18831/2019, Giusti, Rv. 654590–02**, con particolare riferimento all'accordo intercorso tra i beneficiari di un "trust inter vivos" con effetti "post mortem" per la divisione dei beni in esso conferiti.

Nelle ipotesi di proposizione di azione di annullamento per violenza o dolo ex art. 761 c.c. e di azione di rescissione per lesione ex art. 763 c.c., si è affermata, la prevalenza del generale criterio di cui all'art. 3 della l. n. 210 del 1995 e non di quello previsto in materia successoria dall'art. 50 della medesima legge.

Trattandosi di diritti disponibili, inoltre, il generale criterio previsto dal citato art. 3 potrà essere pattiziamente derogato, ai sensi del successivo art. 4, comma 2, in favore di un arbitro straniero.

6. Delibazione sentenze straniere.

Nel delicato tema dei limiti del riconoscimento delle sentenze straniere, **Sez. 1, n. 10540/2019, Sambito, Rv. 653472–02**, ha escluso che, nel vigore della disciplina introdotta dagli artt. 64 e ss. della l. n. 218 del 1995 (così come sotto la vigenza dell'abrogato art. 797 cod. proc. civ.) il vizio o la mancanza di motivazione costituiscano una causa ostativa al riconoscimento quando il contraddittorio sia stato assicurato e la sentenza sia passata in giudicato.

Si deve ritenere, quindi, ormai consolidato il principio per cui l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali non rientra tra i principi inviolabili fissati nel nostro sistema normativo a garanzia del diritto di difesa, posto che l'art. 111 Cost., in cui è contemplato detto obbligo, regola un assetto organizzativo della giurisdizione che attiene esclusivamente all'ordinamento interno. In questo senso Sez. 1, n. 597/2017, Lamorgese, non massimata; Sez. 1, n. 9247/2002, Marziale, Rv. 555325–01; Sez. 1, n. 3365/2000, Giuliani, Rv. 534956–01.

La pronuncia resa in tema di fallimento ha, inoltre, affermato che il procedimento di accertamento dello stato passivo non costituisce l'unica modalità consentita per accertare eventuali ragioni di credito ammesse ad una procedura concorsuale. Non è, pertanto, contraria all'ordine pubblico la sentenza straniera che accerti tale credito al di fuori della cognizione del giudice fallimentare. Tale conseguenza è valida, sia con riguardo alla disciplina nazionale, che conosce più di un caso in cui la decisione sull'esistenza e l'entità del credito sia devoluta alla giurisdizione di altri giudici (ad es. il giudice tributario, quello amministrativo e la Corte dei conti), sia in relazione alla disciplina europea di cui al Reg. n. 848 del 2015 che, non contenendo alcuna disposizione vincolante per gli Stati membri in tema di verifica dei crediti, e rinviando alla disciplina dello Stato di provenienza, non esprime principi irrinunciabili che impongano a tutela della "par condicio creditorum" necessariamente l'accertamento dei crediti in sede concorsuale (**Sez. 1, n. 10540/2019, Sambito, Rv. 653472–03**).

7. Illeciti civili.

Sul fronte delle domande risarcitorie, **Sez. 3, n. 7007/2019, Fieconi, Rv. 653258–01**, ha confermato l'interpretazione già fornita in sede di legittimità sul criterio di collegamento per individuare la giurisdizione in materia di illeciti dolosi e colposi (Sez. U, n. 14654/2011, Travaglino, Rv. 618070–01). In particolare, l'art. 5, punto 3, del Regolamento n. 44 del 2001 che individua il criterio di collegamento nel "luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire", va inteso nel senso che per tale luogo deve intendersi quello in cui è avvenuta la lesione del diritto della vittima, senza considerazione del danno - conseguenza ovvero del luogo in cui si

sono verificate o potranno verificarsi le conseguenze future della lesione, e ciò al fine di scongiurare la prassi internazionale (cd. "forum shopping") volta a consentire alle parti di incardinare l'azione nel foro ritenuto più conveniente. Si ricorda che la disposizione ora citata ha reiterato l'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

8. Controversie fiscali.

In materia fiscale, **Sez. U, n. 7620/2019, Crucitti, Rv. 653432–01**, ha riconosciuto la giurisdizione del giudice italiano, in una controversia tra una società di diritto svizzero e una società italiana, quale rappresentante fiscale per l'Italia in forza dell'art. 17, comma 3, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 del 1972, avente ad oggetto il rimborso delle sanzioni pagate da quest'ultima per l'IVA non assolta.

Se è vero che l'obbligazione tributaria adempiuta dal rappresentante sorga dalla legge, quella azionata in giudizio trova la sua fonte nel mandato conferito dalla società estera con il rilascio della procura, cioè in una libera determinazione delle parti. Ne consegue l'applicazione del criterio della "materia contrattuale", come interpretato dalla Corte di Giustizia UE, di cui alla disposizione speciale dell'art. 5 della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e non di quello generale del foro del convenuto ex art. 2 della medesima Convenzione. Come si è visto sopra la predetta convenzione ha esteso ai paesi membri dell'EFTA la disciplina uniforme in materia contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 per gli Stati membri della CEE e ribadita dalla Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007.

CAPITOLO VI

LA COMPETENZA

(DI MARIA ELENA MELE)

SOMMARIO: 1. La competenza per materia. - 1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace. - 1.2. La competenza del Tribunale per i minorenni. - 1.3. Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa. - 1.4. Le controversie di competenza delle sezioni agrarie. - 1.5. Le controversie di competenza della Corte d'appello. - 2. La competenza per valore. - 3. La competenza per territorio. - 3.1. Il foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione. - 3.2. Il foro delle cause ereditarie e di divisione. - 3.3. Il foro per i giudizi di responsabilità civile dei magistrati. - 3.4. Convenzione di deroga della competenza per territorio. - 4. La competenza funzionale. - 5. L'eccezione di incompetenza. - 6. Il rilievo d'ufficio dell'incompetenza. 7. Il regolamento di competenza. - 7.1. Il procedimento.

1. La competenza per materia.

Attraverso la disciplina della competenza il legislatore individua i criteri secondo cui distribuire il potere di decidere le controversie. La ripartizione (verticale) tra giudici di tipo diverso avviene, innanzitutto, sulla base del criterio della materia, vale a dire con riferimento alla natura o al tipo del diritto di cui si controverte (giudice di pace, tribunale, tribunale per i minorenni, ecc.). Si tratta di un criterio che non può essere derogato da accordi preventivi e diretti delle parti e la cui violazione è rilevabile anche d'ufficio dal giudice, sia pure non oltre la prima udienza di trattazione.

1.1. Le controversie di competenza del giudice di pace.

La competenza per materia del giudice di pace è definita dall'art. 7, comma 3 c.p.c.

Sez. 6-3, n. 20554/2019, Positano, Rv. 654880-01, in continuità con i precedenti arresti, ha ribadito che esulano da tale ambito tutte le controversie in materia di locazioni immobiliari perché, a seguito della soppressione dell'ufficio del pretore, con la conseguente abrogazione dell'art. 8 c.p.c. ad opera dell'art. 49 del d.lgs. n. 51 del 1998, la competenza in materia di locazione di immobili urbani è stata attribuita al tribunale (conforme Sez. 3, n. 2143/2006, Federico, Rv. 587560-01).

In materia di immissioni, **Sez. 6-2, n. 19946/2019, Fortunato, Rv. 654988-01** ha affermato che sussiste la competenza del giudice di pace ex art. 7, comma 3, n. 3, c.p.c. la quale è però tassativamente circoscritta alle cause tra proprietari e detentori di immobili ad uso abitativo, esulando da essa le controversie relative ad immissioni provenienti da impianti industriali, agricoli o destinati ad uso

commerciale, giacché la norma processuale non copre l'intero ambito applicativo dell'art. 844 c.c. Sicché, qualora l'immobile, seppure a prevalente destinazione abitativa, sia utilizzato anche per scopi diversi, ai fini della determinazione della competenza occorre dare rilievo non già alla destinazione prevalente, né alla classificazione catastale del bene, ma alla fonte dei fenomeni denunciati. In applicazione del principio, la S.C. ha dichiarato la competenza del tribunale su una domanda avente ad oggetto la cessazione di immissioni di rumore derivanti dallo svolgimento di feste e ricevimenti con intrattenimento musicale negli spazi esterni di un immobile, concessi dai proprietari a terzi dietro pagamento di un corrispettivo per ciascun evento, non essendo tali fenomeni immissivi ricollegabili in alcun modo all'ordinaria destinazione del bene ad uso abitativo.

1.2. La competenza del Tribunale per i minorenni.

Due pronunce sono intervenute nell'anno a tracciare i confini di competenza tra Tribunale per i minorenni e Tribunale ordinario.

Sez. 6-1, n. 01866/2019, Mercolino, Rv. 652675-01, chiamata a decidere il conflitto di competenza tra il tribunale ordinario, adito per l'affidamento condiviso del minore, ed il tribunale per i minorenni relativamente ai provvedimenti ex artt. 330 ss. c.c. richiesti dal P.M., ha ritenuto che esso deve essere risolto secondo il criterio della prevenzione. Infatti, l'art. 38 disp. att. c.c., nel testo sostituito dall'art. 3 della legge n. 219 del 2012, la cui *ratio* risiede nell'evidente interrelazione tra i due giudizi, limita la *vis attractiva* del tribunale ordinario, anche per i detti provvedimenti, all'ipotesi in cui il procedimento dinanzi a questo sia stato instaurato per primo e si svolga tra le stesse parti dell'altro, in tal modo implicitamente escludendo l'ipotesi in cui il procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni sia stato instaurato anteriormente, riservata in ogni caso al giudice minorile la pronuncia sulla decadenza dalla potestà genitoriale. In applicazione del principio, la S.C. ha affermato la competenza del tribunale ordinario, adito per primo, anche per i provvedimenti ex artt. 333 e 336 c.c. richiesti dal P.M., ritenendo influente sia la mera diversità dell'oggetto delle domande, aventi l'obiettivo comune di assumere le determinazioni più opportune nell'interesse del minore, sia la formale diversità della posizione processuale del P.M., comunque parte necessaria nel procedimento pendente dinanzi al tribunale ordinario.

Con riguardo all'applicazione degli istituti a tutela dei minori predisposti dall'ordinamento, **Sez. 6-1, n. 09199/2019, Lamorgese, Rv. 653698-01** ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 47 del 2017, si qualifica come "minore straniero non accompagnato", il minore che, non solo sia privo di assistenza materiale, ma che sia anche privo di soggetti che ne abbiano la rappresentanza legale in base alle leggi

vigenti nell'ordinamento italiano, allo scopo di garantirne l'interesse superiore e di esercitare la capacità di agire per suo conto, ove necessario. Ne consegue che è competente il tribunale per i minorenni e non il tribunale ordinario in funzione di giudice tutelare all'apertura di una tutela per un minore straniero, privo di genitori sul territorio nazionale, ma da questi affidato, con atto notarile, alle cure ed alla rappresentanza legale del fratello dimorante in Italia, non potendosi considerare valida nel nostro ordinamento tale forma di delega della responsabilità genitoriale.

1.3. Le controversie di competenza della sezione specializzata in materia di impresa.

Nell'anno di riferimento, le Sezioni unite sono intervenute a dirimere il contrasto registratosi nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla qualificazione del rapporto tra le sezioni specializzate per l'impresa di cui al d.lgs. n. 168 del 2003 e le sezioni ordinarie all'interno del medesimo ufficio giudiziario, ed in particolare se esso attenga alla competenza ovvero alla semplice distribuzione interna degli affari.

Nell'affrontare la questione, **Sez. un., n. 19882/2019, Di Virgilio, Rv. 654837-01** ha affermato che il rapporto tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa, nello specifico caso in cui entrambe le sezioni facciano parte del medesimo ufficio giudiziario, non attiene alla competenza, ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni all'ufficio giudiziario, sicché è inammissibile il regolamento di competenza, richiesto d'ufficio ai sensi dell'art. 45 c.p.c. Rientra, invece, nell'ambito della competenza in senso proprio, attenendo specificamente alla competenza per territorio, la relazione tra la sezione specializzata in materia di impresa e l'ufficio giudiziario diverso da quello ove la prima sia istituita.

Sez. 6-1, n. 15822/2019, Nazzicone, Rv. 654602-01 ha poi affermato che le sezioni specializzate sono competenti a provvedere sulla domanda del creditore di una società di capitali, cancellata dal registro delle imprese, volta alla condanna degli amministratori e del liquidatore al risarcimento dei danni cagionati per l'avvenuta cancellazione della società dal registro delle imprese, pur in presenza del debito vantato dal creditore sociale.

Rientrano, inoltre, nella competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 168 del 2003, le domande di repressione di atti di concorrenza sleale o di risarcimento dei danni che si fondano su comportamenti che interferiscono con un diritto di esclusiva (concorrenza sleale cd. "interferente"), avendo riguardo alla prospettazione dei fatti da parte dell'attore ed indipendentemente dalla loro fondatezza. Di converso, esulano dalla competenza in parola le domande fondate

su atti di concorrenza sleale cd. “pura”, in cui la lesione dei diritti di esclusiva non sia elemento costitutivo dell’illecito concorrenziale. In applicazione di tale principio in sede di regolamento, la S.C. ha attribuito alla sezione specializzata la competenza a decidere su domande aventi ad oggetto un diritto al risarcimento dei danni derivanti da un’attività di rivelazione di segreti industriali protetti da un brevetto (**Sez. 6-1, n. 17161/2019, Terrusi, Rv. 654375-01**).

1.4. Le controversie di competenza delle sezioni agrarie.

Tale competenza sussiste tutte le volte in cui venga in discussione la validità del contratto di affitto agrario, mentre non assume rilievo, al fine del riparto, la qualità del vizio prospettato (nella specie, si trattava della invalidità del contratto per incapacità di uno dei contraenti), il suo fondamento o la sua corretta individuazione. In tal senso si è espressa **Sez. 6-2, n. 17025/2019, Grasso Giu. Rv. 654614-01** la quale si pone in continuità con quanto affermato l’anno precedente da Sez. 6-3, n. 19331/2018, D’Arrigo, Rv. 650244-01 secondo la quale appartiene alla competenza della sezione specializzata agraria non soltanto la cognizione delle controversie che hanno come oggetto esclusivo ed immediato l’applicazione ovvero l’esclusione di proroghe a rapporti dei quali sia pacifica o già accertata la natura agraria, ma anche di quelle controversie che presuppongono l’accertamento delle caratteristiche, della validità e della stessa esistenza del rapporto da qualificare onde stabilire se esso sia compreso o meno fra le fattispecie cui è applicabile la disciplina vincolistica.

1.5. Le controversie di competenza della Corte d’appello.

Nell’anno si registra una pronuncia relativa alle peculiari competenze per materia attribuite alla Corte d’Appello in unico grado, in particolare quella concernente l’opposizione alla stima dell’indennità di espropriazione.

Sez. 6-1, n. 05220/2019, Mercolino, Rv. 652678-01, conformandosi a Sez. 1, n. 6960/1997, Vitrone, Rv. 506254-01, ha statuito che l’individuazione del giudice competente a conoscere tali controversie va effettuata con riferimento alla normativa in base alla quale l’Amministrazione ha disposto l’espropriazione e determinato la relativa indennità. Ne consegue che, qualora questa sia stata fissata in base ai criteri di cui agli artt. 16 e 17 della legge n. 865 del 1971 con riguardo ad espropriazione disposta in forza del d.P.R. n. 218 del 1978, sugli interventi nel Mezzogiorno, ed in forza del rinvio alle predette norme contenuto nell’art. 53 di tale decreto, l’opposizione spetta alla corte d’appello, ai sensi dell’art. 19 della legge predetta, che trova applicazione indipendentemente dalla mancanza di un richiamo esplicito.

2. La competenza per valore.

Il valore della controversia costituisce l'ulteriore criterio secondo il quale è ripartita tra giudici di tipo diverso la competenza. Esso fa riferimento al valore economico dell'oggetto della causa e opera in via generale allorché non esistano regole che stabiliscano diversamente con riguardo alla materia. Talvolta il valore viene in rilievo congiuntamente al criterio della materia, integrandolo (si veda ad esempio, l'art. 7 c.p.c. con riguardo alla competenza del giudice di pace). Si tratta, anche in questo caso, di un'ipotesi di competenza inderogabile, il cui difetto può essere rilevato d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. Le modalità attraverso cui il valore deve essere quantificato sono indicate negli artt. 10 e ss. c.p.c.

In particolare, con specifico riferimento alla competenza del giudice di pace si è affermato che per le controversie che hanno ad oggetto il pagamento di canoni di locazione, benché questi siano di importo non eccedente il limite di cinquemila euro stabilito dall'art. 7, comma 1, c.p.c., resta esclusa la competenza di tale giudice dal momento che la pretesa creditoria ha la propria fonte in un rapporto locativo, cioè in una materia da intendersi riservata alla competenza del tribunale (**Sez. 3, n. 28041/2019, Iannello, Rv. 655582-01**).

Nell'ipotesi in cui, unitamente ad una domanda di valore determinato ed inferiore al limite della competenza del giudice adito, venga proposta contro lo stesso convenuto una domanda di valore indeterminato, trova applicazione la disciplina del cumulo ex art. 10, comma 2, c.p.c., con conseguente spostamento della competenza al giudice superiore, salvo che l'attore abbia dichiarato, in modo inequivoco, di voler contenere il valore della seconda domanda entro detto limite. È quanto statuito da **Sez. 6-3, n. 16635/2019 Tatangelo, Rv. 654446-01**).

3. Competenza per territorio.

Il riparto della competenza per territorio attiene alla distribuzione (orizzontale) delle controversie tra vari giudici dello stesso livello e del medesimo tipo presenti sul territorio. Il criterio utilizzato in linea di principio dal legislatore per determinare tale competenza è quello soggettivo, in quanto fa riferimento ai soggetti della controversia, privilegiando la figura del convenuto e individuando come foro generale quello della sua residenza o domicilio o, in subordine, quello della dimora (o della sede nel caso di persona giuridica convenuta).

Con riguardo alle controversie in materia di obbligazioni, l'art. 20 c.p.c. indica una pluralità di fori tra loro alternativi – oltre al giudice del foro generale, è competente anche quello del luogo dove l'obbligazione è sorta o quello in cui deve essere eseguita – lasciando all'attore la possibilità di scelta tra più giudici ugualmente

competenti. Diversamente accade per i fori speciali che il legislatore individua per talune controversie (artt. 21 ss. c.p.c.), i quali prevalgono su quelli generali, escludendoli.

In base all'art. 28 c.p.c. la competenza per territorio può essere derogata su accordo (esplicito o implicito) delle parti, ad eccezione che per alcune materie dallo stesso previste per le quali essa è stabilita in modo inderogabile (competenza funzionale). Fuori di tali ultime ipotesi, ove il convenuto non abbia tempestivamente eccepito l'incompetenza del giudice adito, indicando altresì quello che ritiene competente, la competenza rimane radicata presso quel giudice. Nelle ipotesi di incompetenza funzionale, invece, essa è rilevabile anche d'ufficio, sia pure non oltre la prima udienza di trattazione (art. 38, comma 3 c.p.c.).

3.1. Il foro facoltativo per le cause relative ai diritti di obbligazione.

Con riguardo alle controversie relative a diritti di obbligazione, l'art. 20 c.p.c. individua quale giudice competente, oltre a quello indicato negli artt. 18 e 19, anche il giudice del luogo in cui l'obbligazione è sorta ovvero deve essere eseguita, spettando all'attore la facoltà di scegliere tra tali giudici.

Nell'ipotesi di contratti redatti con la forma solenne dell'atto notarile **Sez. 6-3, n. 28403/2019, Rubino, Rv. 655841-01** ha affermato che, ai fini della individuazione del foro facoltativo del luogo in cui è sorta l'obbligazione ex art. 20 c.p.c., il luogo della conclusione del contratto coincide con quello in cui le parti hanno sottoscritto l'atto davanti al notaio, assumendo il precedente scambio di missive tra i professionisti incaricati dalle parti valore meramente interlocutorio nell'ambito del procedimento di formazione del consenso.

Allorché l'obbligazione dedotta in giudizio sia il compenso dovuto al professionista (nella specie, avvocato), **Sez. 2, n. 07674/2019, Dongiacomo, Rv. 653152-02** ha ribadito che per la determinazione del *forum contractus* facoltativo, ai sensi dell'art. 20 c.p.c., deve farsi riferimento al luogo in cui il contratto è stato concluso e, quindi, a norma dell'art. 1326 c.c., a quello ove il proponente ha avuto conoscenza dell'accettazione dell'altra parte (in senso conforme, si era espressa Sez. 2, n. 11974/1995, Carnevale, Rv. 494705-01).

La medesima pronuncia ha altresì precisato che il foro speciale previsto dall'art. 637, comma 3, c.p.c. per il procedimento di ingiunzione per il pagamento di competenze professionali – il quale consente agli avvocati di proporre la domanda al giudice competente per valore del luogo ove ha sede il consiglio dell'ordine al cui albo sono iscritti – trova applicazione solo se la domanda monitoria abbia ad oggetto l'onorario per prestazioni professionali rese dall'avvocato direttamente al cliente rappresentato e difeso in giudizio e non anche ove si riferisca al credito al

compenso maturato dal medesimo professionista nei confronti di un diverso collega che lo abbia incaricato, in forza di un ordinario contratto di mandato, sia pure a beneficio di un terzo, dello svolgimento di singoli atti processuali nell'interesse del proprio assistito.

Con riguardo all'accertamento della competenza territoriale in relazione alle obbligazioni pecuniarie da adempiere al domicilio del creditore a norma dell'art. 1182, comma 3, c.c., **Sez. 6-3, n. 07722/2019, Olivieri, Rv. 653444-01** ha confermato l'orientamento secondo il quale esse sono – agli effetti sia della mora *ex re*, sia del *forum destinatae solutionis* – esclusivamente quelle liquide, delle quali cioè il titolo determini l'ammontare o indichi criteri determinativi non discrezionali. Ai fini della competenza territoriale, i presupposti della liquidità sono accertati dal giudice in base allo stato degli atti, ai sensi dell'art. 38, comma 4, c.p.c. (conformemente si era già espressa Sez. un., n. 17989/2016, De Chiara, Rv. 640601-01). In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito per la quale il credito restitutorio, relativo alle somme corrisposte, derivante dalla riforma o dalla cassazione della sentenza, trovava titolo proprio in quest'ultima pronuncia ed aveva per oggetto l'identica somma effettivamente incassata dalla parte tenuta alla restituzione, rivestendo il debito in questione carattere liquido *ab origine*, a nulla rilevando, ai fini della individuazione del giudice territorialmente competente, le eventuali contestazioni riferite all'*an* e al *quantum*.

3.2. Il foro delle cause ereditarie e di divisione.

In tema di cause ereditarie, **Sez. 6-2, n. 07617/2019, Scarpa, Rv. 653373-01** ha chiarito che la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo ove si è aperta la successione, di cui all'art. 22, n. 1, c.p.c., riguarda unicamente le cause di divisione della universalità dei rapporti giuridici facenti capo ad un comune *de cuius*, mentre, nelle altre ipotesi, torna ad applicarsi la regola generale del *forum rei sitae*.

La stessa pronuncia ha, altresì, specificato che con riguardo alla competenza territoriale per le cause di divisione, qualora i beni comuni siano di diversa provenienza, le domande che appartengano alla competenza territoriale di giudici differenti non possono essere proposte cumulativamente. Nell'ipotesi in cui, invece, vi sia un medesimo titolo attributivo e, perciò, sussista un'unica comunione, la competenza spetta, ai sensi dell'art. 23 c.p.c., al giudice del luogo ove si trovano i beni comuni o la maggior parte di essi.

3.3. Il foro per i giudizi di responsabilità civile dei magistrati.

La Suprema Corte è tornata ad affrontare la questione concernente la individuazione del giudice competente per territorio nelle cause di responsabilità

civile promosse nei confronti dei magistrati della Corte di cassazione, in base alla l. n. 117 del 1988. Conformandosi alla pronuncia delle sezioni unite dell'anno precedente (Sez. un., n. 14842/2018, Cirillo F.M., Rv. 649491-01) **Sez. 6-3, n. 13475/2019, Positano, Rv. 653938-01** ha ribadito che quando più giudici, di merito e di legittimità, cooperino a fatti dolosi o colposi anche diversi nell'ambito della stessa vicenda giudiziaria, la causa è necessariamente unitaria e la competenza per territorio deve essere attribuita per tutti secondo il criterio di cui all'art. 11 c.p.p., richiamato dall'art. 4, comma 1, della l. n. 117 del 1988. Qualora, invece, tali giudizi abbiano ad oggetto solo i comportamenti, atti o provvedimenti dei magistrati della Corte di cassazione, non si applica lo spostamento di competenza previsto dal menzionato art. 11 c.p.p. e, pertanto, la competenza per territorio è attribuita ai sensi dell'art. 25 c.p.c. seguendo la regola del "forum commissi delicti", sicché spetta in ogni caso al Tribunale di Roma, quale foro del luogo ove è sorta l'obbligazione. In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto la competenza del Tribunale di Roma a decidere un giudizio concernente asseriti comportamenti dolosi e colposi di magistrati della medesima S.C. nonché della Procura e del Tribunale di Cagliari.

Identico principio è stato affermato anche da **Sez. 6-3, n. 26072/2019, Porreca, Rv. 655819-02** con riguardo ai giudizi di responsabilità civile concernenti condotte ascritte a magistrati amministrativi. Pertanto, quando più giudici, dei Tribunali Amministrativi Regionali e del Consiglio di Stato, cooperino a fatti dolosi o colposi anche diversi nell'ambito della stessa vicenda giudiziaria, la causa è necessariamente unitaria e la competenza per territorio deve essere attribuita per tutti secondo il criterio di cui all'art. 11 c.p.p., richiamato dall'art. 4, comma 1, della l. n. 117 del 1998; qualora, invece, tali giudizi abbiano ad oggetto solo i comportamenti, atti o provvedimenti dei magistrati del Consiglio di Stato, quale ufficio a competenza nazionale, non si applica lo spostamento di competenza previsto dal menzionato art. 11 c.p.p. e, pertanto, la competenza per territorio è attribuita ai sensi dell'art. 25 c.p.c. secondo la regola del "forum commissi delicti", sicché spetta in ogni caso al Tribunale di Roma, quale foro del luogo in cui è sorta l'obbligazione. La pronuncia in esame ha altresì precisato che al fine di individuare il giudice competente, i giudici di sezione distaccata del T.A.R. devono ritenersi appartenenti all'unitario ufficio della sede centrale, poiché – secondo l'orientamento consolidato – il rapporto con la sezione distaccata non dà luogo a questione di competenza.

Sez. 6-3, n. 00419/2019, Rubino, Rv. 652509-01 ha affrontato la questione concernente l'individuazione del giudice competente per territorio a conoscere della querela di falso proposta in via principale, in cui sia parte un magistrato. Conformandosi a Sez. 6-3, n. 06851/2012, De Stefano, Rv. 622350-01, la pronuncia in esame ha statuito che tale giudice deve essere individuato secondo i criteri

ordinari, di cui agli artt. 18 e 19 c.p.c., senza che possa aversi riguardo agli effetti della pronuncia sui rapporti giuridici della cui prova si tratta, restando dunque inapplicabile il foro speciale previsto dall'art. 30 bis c.p.c.

3.4. Convenzione di deroga della competenza per territorio.

L'art. 28 c.p.c. enuncia il principio secondo cui la competenza per territorio può essere derogata, ad eccezione delle materie specificamente indicate, e l'art. 29 c.p.c. regola le modalità dell'accordo derogativo.

In proposito nell'anno di riferimento deve essere segnalata **Sez. 6-2, n. 16439/2019, Fortunato, Rv. 654609-01** la quale ha esaminato l'ipotesi in cui la clausola di deroga alla competenza territoriale sia contenuta in un documento separato rispetto al contratto stipulato *inter partes*. La S.C. ha ritenuto efficace tale clausola in quanto oggetto di un esplicito richiamo nel contratto e specificamente sottoscritta, unitamente ad altre condizioni, dall'altro contraente che aveva dichiarato di averne preso visione e di approvarne il contenuto. In tale pronuncia la Corte ha affermato che il richiamo della disciplina fissata in un distinto documento che sia effettuato dalle parti contraenti sulla premessa della piena conoscenza di tale documento ed al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione, assegna alle previsioni di quella disciplina il valore di clausole concordate, atteso che l'atto esterno viene fatto proprio dagli stipulanti e messo su un piano di parità rispetto al contratto direttamente compilato e sottoscritto, equivalendo il suddetto rinvio alla materiale trascrizione del suo contenuto nel contratto di cui viene a formare parte integrante.

È stata anche affrontata la questione dell'efficacia soggettiva del patto con il quale sia stata prevista una deroga convenzionale alla competenza territoriale. **Sez. 6-2, n. 33309/2019 Fortunato, Rv. 656264 – 01**, ha riaffermato il principio già stabilito da Sez. 2, n. 01962/2000, Settimj, Rv. 534198-01 secondo il quale tale patto rileva nei soli confronti dei diretti contraenti. Infatti, il foro convenzionale, traendo la fonte ed i limiti della sua efficacia dall'accordo delle parti, non produce effetto rispetto ai terzi e, quindi, non è vincolante né è opponibile verso questi ultimi che, invece, restano assoggettati, come convenuti o come attori nel processo, alle regole determinative della competenza fissate dalla legge, mentre è a tal fine irrilevante che il patto di deroga sia stato validamente trascritto.

4. La competenza funzionale.

Oltre ai criteri indicati dal codice di rito, dottrina e giurisprudenza hanno individuato un ulteriore criterio di ripartizione della competenza conseguente alla

natura e alla funzione che il giudice è chiamato ad esercitare. Si tratta della competenza c.d. funzionale.

Nell'anno di riferimento, la Corte di cassazione ha ritenuto di tale natura la competenza spettante – ex art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, anche a seguito alle modifiche introdotte dall'art. 15 del d.lgs. n. 150 del 2011 – relativamente all'opposizione al decreto di liquidazione dei compensi agli ausiliari del giudice, ad un giudice monocratico del Tribunale o della Corte d'appello cui appartiene il magistrato che ha emanato il provvedimento di liquidazione oggetto di impugnazione, da identificare con il Presidente del medesimo ufficio giudiziario o con un giudice da questo delegato (**Sez. 2, n. 22795/2019, Bellini, Rv. 655223-01**).

Costituisce una competenza funzionale e inderogabile, la competenza per territorio del tribunale fallimentare, disciplinata dall'art. 9 l.fall., secondo quanto affermato da **Sez. 6-1, n. 28711/2019, Di Virgilio, Rv. 656290 – 01**, che ha tratto la conseguenza per cui – applicandosi il disposto dell'art. 38 c.p.c., nel testo modificato dalla l. n. 69 del 2009, ai procedimenti camerale, come quello prefallimentare, in cui vengono tutelati diritti – la relativa questione deve essere eccepita o rilevata non oltre l'udienza di comparizione, convocata ai sensi dell'art. 15 l.fall., e l'eccezione sollevata per la prima volta in sede di reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento deve essere considerata tardiva, perché, sebbene non si applichino i limiti previsti dagli artt. 342 e 345 c.p.c. e il procedimento sia caratterizzato da un effetto devolutivo pieno, tale effetto non può estendersi, in contrasto con il principio costituzionale di celerità dei processi, alle ipotesi in cui si sia già verificata una decadenza nel corso del giudizio di primo grado.

Sez. 6-3, n. 14476/2019, Iannello, Rv. 654306-03) ha affermato che ai sensi dell'art. 810, secondo comma, c.p.c., la nomina dell'arbitro appartiene alla competenza, funzionale ed inderogabile, del presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Sicché la violazione di tale regola determina la nullità del lodo, ai sensi dell'art. 829, primo comma, c.p.c., ove disposta da giudice territorialmente non competente, nei limiti in cui la questione venga dedotta nel giudizio arbitrale, ma non l'invalidità della convenzione arbitrale sia perché si tratta di una disposizione destinata a regolare l'ipotesi residuale del mancato accordo delle parti in merito alla nomina, sia perché la previsione di un foro inderogabile opera, nel processo, in modo simile al meccanismo di sostituzione di diritto delle clausole contrattuali nulle, perché in contrasto con norme imperative, di cui all'art. 1419, secondo comma, c.c.

Riguardo, poi al provvedimento di revoca dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in relazione al giudizio di cassazione, **Sez. 6-2, n. 16940/2019, Sabato, Rv. 654612-01** ha statuito che la competenza appartiene al giudice del rinvio o a

quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato (in senso conforme si era già espressa Sez. 2, n. 23972/2018, Scarpa, Rv. 650634-01).

Ulteriore ipotesi di competenza funzionale sono state individuate con riguardo al giudice del lavoro per il cui esame si rinvia all'apposito capitolo.

5. Eccezione di incompetenza.

Nel corso dell'anno diverse pronunce hanno precisato modalità e termini per la proposizione della eccezione di incompetenza.

Per le cause relative a diritti di obbligazione, **Sez. 3, n. 16284/2019, Pellicchia, Rv. 654348-01** ha affermato che la disciplina dettata dall'art. 38 c.p.c. impone al convenuto, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 28 c.p.c., l'onere non solo di indicare in comparsa di risposta il giudice ritenuto territorialmente competente, ma anche di contestare la competenza del giudice adito con riferimento a tutti i criteri concorrenti previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., la cui scelta è rimessa alla discrezione dell'attore, salvo che quest'ultimo non abbia indicato un determinato foro quale unico idoneo a determinare la scelta del giudice. Per tale ragione, è stata ritenuta esente da critiche la sentenza impugnata che aveva rigettato l'eccezione in quanto non formulata dal convenuto anche con riferimento al criterio del luogo di esecuzione dell'obbligazione per la tutela della quale l'attore aveva proposto azione revocatoria.

Con riguardo al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ottenuto da un'associazione politica nei confronti della Camera dei deputati per il pagamento del contributo dovuto a titolo di concorso nelle spese sostenute dai partiti o dai movimenti che abbiano ottenuto almeno un rappresentante nelle elezioni al Parlamento europeo, **Sez. 6-1, n. 02105/2019, Sambito, Rv. 652461-0** ha statuito che, venendo in rilievo una controversia relativa a diritti di obbligazione, grava sull'opponente che eccepisca l'incompetenza del giudice adito, l'onere di contestare specificamente l'applicabilità di ciascuno dei criteri concorrenti di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c. Con specifico riguardo alla contestazione del criterio del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio, la Corte ha specificato che grava sull'opponente l'onere di fornire la prova dell'ubicazione della sede legale o di fatto dell'associazione, anche mediante la produzione dello statuto, ovvero con altri elementi inerenti al luogo ove si svolgono le assemblee della formazione politica o dove si assumono le decisioni di rilievo.

La S.C. ha altresì ribadito che l'indicazione del foro ritenuto competente, ad opera del convenuto che eccepisca l'incompetenza per territorio del giudice adito, è imposta dall'art. 38, comma 2, c.p.c. in funzione dell'eventuale adesione dell'attore. Pertanto, nel caso in cui tale foro sia erroneamente individuato e detta adesione

manchi, non ne consegue, per ciò stesso, l'inefficacia dell'eccezione; piuttosto il giudice adito dovrà individuare l'esatto giudice competente, in base ai criteri di collegamento da applicare per stabilire tale competenza territoriale (**Sez. 6-2, n. 12394/2019, Scarpa, Rv. 653642-01**. In senso conforme si era espressa Sez. 3, n. 17399/2007, Segreto, Rv. 598796-01).

L'onere di contestazione di tutti i fori concorrenti cessa nell'ipotesi in cui venga evocato un foro speciale esclusivo. Tale principio è stato riaffermato con riguardo al foro per le cause societarie individuato dall'art. 23 c.p.c. nel luogo in cui ha sede la società da **Sez. 6-3, n. 13049/2019, Cirillo F.M., Rv. 653937-01**. Tale pronuncia ha, altresì, ribadito che per le società prive di personalità giuridica il riferimento, nell'eccezione di incompetenza per territorio derogabile, al luogo dov'è ubicata la sede legale della società è sufficiente ad implicare anche la contestazione del foro generale dell'art. 19, comma 2, cit., posto che per tali società si deve presumere la coincidenza tra sede legale e luogo di svolgimento continuativo dell'attività sociale (in tal senso si era espressa Sez. 1, n. 16800/2006, Rordorf, Rv. 592728-01). La decisione in esame ha, altresì, chiarito che il criterio di competenza di cui all'art. 23 cit. vale anche per le cause tra ex soci o tra soci ed ex soci e si riferisce alle cause aventi ad oggetto controversie che abbiano a fondamento una questione attinente, direttamente o indirettamente, al rapporto sociale.

È stato inoltre affrontato il tema della tempestività della proposizione dell'eccezione di incompetenza che, ai sensi dell'art. 38 c.p.c. deve essere sollevata, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente notificata.

In proposito, è stato affermato che il principio dell'onere della prova si applica anche alle eccezioni di natura processuale e, se un'eccezione è soggetta a preclusione, alla dimostrazione della sua tempestività. Pertanto, ove la parte eccepisca di aver avuto conoscenza solo in corso di causa di un fatto sopravvenuto, atto ad incidere, modificandola, sulla competenza territoriale del giudice adito, essa è tenuta ad allegare il fatto, indicando puntualmente il momento della avvenuta conoscenza, e a dare prova del suo effettivo verificarsi, nell'udienza o nella attività immediatamente successiva a tale momento. In applicazione di tale principio, **Sez. 6-3, n. 19094/2019, Rubino, Rv. 654449-01**, in sede di regolamento di competenza, ha ritenuto non provata la tempestività dell'eccezione di incompetenza per territorio formulata, ex art. 30 bis c.p.c., dal ricorrente dinanzi al giudice di primo grado, in quanto egli si era limitato a produrre nella prima udienza utile un certificato attestante l'assunzione in capo alla controparte, in corso di causa, delle funzioni di viceprocuratore onorario, senza tuttavia indicare precisamente il momento in cui era venuto a conoscenza di tale sopravvenuta circostanza, rilevante ai fini della modificazione della competenza.

La Corte ha riconosciuto carattere processuale anche all'eccezione di compromesso ritenendo che la stessa integri una questione di competenza. Questa, tuttavia, non ha natura inderogabile rilevabile d'ufficio ex art. 38, comma 3, c.p.c. in quanto si fonda unicamente sulla volontà delle parti le quali sono libere di scegliere se affidare o meno la controversia agli arbitri. **Sez. 6-3, n. 15300/2019, Iannello, Rv. 654309-01** ha pertanto ritenuto che, anche nel procedimento sommario di cognizione, tale eccezione deve essere formulata dalla parte interessata, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e nel termine fissato dall'art. 702 bis, comma 4, c.p.c.

Per quanto riguarda l'istruttoria necessaria per la decisione della questione di competenza, la giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare che l'eccezione di incompetenza territoriale del convenuto non introduce nel processo un tema sul quale è possibile lo svolgimento di un'istruzione secondo le regole della fase dell'istruzione in funzione della decisione nel merito. Conseguentemente, il giudice non può procedere alla decisione su di essa sulla base di prove costituite o documentali introdotte nel giudizio all'esito dello svolgimento di detta fase. Per tale ragione, **Sez. 6-3, n. 20553/2019 Positano, Rv. 654948-01** ha ribadito che l'eccezione deve essere decisa sulla base delle risultanze emergenti dagli atti introduttivi e dalle produzioni documentali effettuate con essi, o in replica o controreplica alla prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c., salvo il caso in cui, in ragione di quanto reso necessario dal tenore dell'eccezione del convenuto o del rilievo del giudice, il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa non esiga, secondo quanto prevede l'art. 38, ultimo comma, c.p.c., un'eventuale istruzione di natura sommaria *in limine litis*, se del caso anche non documentale, diretta a chiarire il contenuto di quanto già risulta dagli atti. Tale istruzione, però, deve essere non solo sollecitata dalla parte interessata, ma deve aver luogo nella stessa prima udienza del giudizio o, se non sia possibile, in un'eventuale udienza appositamente fissata in breve, restando invece esclusa ogni possibilità di un suo svolgimento su sollecitazione successiva di una delle parti (nello stesso senso si erano già pronunciate Sez. 6-3, n. 17794/2013, Frasca, Rv. 627275-01 e Sez. 3, n. 12455/2010, Segreto, Rv. 613019-01).

6. Rilievo d'ufficio dell'incompetenza.

L'incompetenza per materia, per valore e quella per territorio c.d. funzionale sono rilevate d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., cioè l'udienza fissata per la prima comparizione delle parti, e il rilievo deve essere svolto in modo chiaro ed univoco onde stimolare il contraddittorio e l'esercizio consapevole del diritto di difesa, e va svolto sulla base dei documenti ritualmente acquisiti. È quanto

ribadito, da ultimo, da **Sez. 6-3, n. 14170/2019, Cirillo F.M., Rv. 654221-01** che, in applicazione del principio, ha ritenuto che la rilevazione dell'incompetenza effettuata dal giudice in prima udienza fosse tempestiva, ancorché irritualmente svolta attraverso la rimessione degli atti al Presidente del Tribunale per l'eventuale assegnazione alla sezione specializzata agraria, ma invalida in quanto basata su un documento prodotto da una parte non ancora costituita in giudizio.

Sez. 6-2, n. 13472/2019, Fortunato, Rv. 654051-01 ha poi chiarito che, nel caso in cui sia disposto il mutamento del rito ex art. 4, d.lgs. n. 150 del 2011, restano ferme le preclusioni già verificatesi secondo le norme del rito prescelto e, pertanto, l'incompetenza per materia, per valore o per territorio inderogabile non può essere rilevata d'ufficio nella prima udienza successiva a detto mutamento, posto che tale meccanismo non comporta una regressione del processo ad una fase anteriore a quella già svoltasi, ma serve esclusivamente a consentire alle parti di adeguare le difese alle regole del rito da seguire. Per tale ragione, la S.C. ha escluso che, a fronte del mutamento di rito ex art. 4 cit., disposto in ordine ad un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in materia di onorari di avvocato introdotto con citazione, sia possibile sollevare d'ufficio, nella prima udienza successiva a detto mutamento, la questione dell'incompetenza territoriale inderogabile - nella specie, in relazione al foro del consumatore - dovendosi ritenere la "prima udienza", rilevante ai fini dell'art. 38, comma 3, c.p.c., esaurita con il provvedimento di mutamento del rito.

7. Il regolamento di competenza.

Molteplici sono state nel corso dell'anno le pronunce intervenute a definire ambito e presupposti di applicazione di tale mezzo di impugnazione. In particolare, la S.C. ha chiarito quali sono le decisioni che contengano una statuizione irretrattabile in tema di competenza, costituendo questo il presupposto indispensabile di tale istituto.

Innanzitutto, **Sez. 6-3, n. 14573/2019, Scrima, Rv. 653942-01** ha chiarito che il problema della ripartizione della "potestas iudicandi" tra giudice civile e giudice penale non pone una questione di competenza, secondo la nozione desumibile dal codice di procedura civile, dal momento che questa è configurabile esclusivamente in riferimento a contestazioni riguardanti l'individuazione del giudice al quale, tra i vari organi di giurisdizione in materia civile, è devoluta la cognizione di una determinata controversia. Da ciò consegue che la violazione delle relative norme non può costituire oggetto di un'istanza di regolamento di competenza, ai sensi degli artt. 42 e 43 c.p.c., e che neppure è configurabile un conflitto negativo ex art. 45 c.p.c.

In applicazione dei medesimi principi, **Sez. 6-3, n. 20830/2019, De Stefano, Rv. 654849-01** ha dichiarato inammissibile l'istanza di regolamento di competenza avverso il provvedimento con cui il giudice civile ha ritenuto la competenza del magistrato di sorveglianza su domanda di indennizzo per detenzione in condizioni non conformi ai criteri di cui all'art. 3 CEDU, previsto dall'art. 35-ter, comma 3, della legge n. 354 del 1975. La Corte ha chiarito che in tal caso non si pone una questione di competenza secondo la nozione desumibile dal codice di procedura civile, dipendendo l'alternativa tra l'uno e l'altro giudice dal riferimento della controversia ad un medesimo fatto materiale, suscettibile di valutazione sotto profili giuridici diversi, e non potendo determinare una questione di ripartizione della "potestas iudicandi", ma esclusivamente un'interferenza tra giudizi, che si traduce in un limite che attiene alla proponibilità della domanda.

Ancora, è stato ritenuto inammissibile tale mezzo di impugnazione avverso qualunque provvedimento che decida sull'istanza di astensione del giudice, ovvero disponga, rigettandola, la prosecuzione del processo. Tale conclusione discende da un duplice ordine di considerazioni: sia dal rilievo per cui detto provvedimento non ha natura decisoria, sia dalla circostanza che nell'ordinamento processuale le questioni attinenti alla astensione del giudice non rilevano sotto il profilo della competenza, perché per i criteri di ripartizione di quest'ultima si deve fare riferimento soltanto all'ufficio al quale il giudice appartiene o che esso riveste, e non ai suoi rapporti con la lite o con i litiganti (**Sez. 6-3, n. 11331/2019, De Stefano, Rv. 653611-01**. In senso analogo si era pronunciata lo scorso anno Sez. 6-1, n. 02690/2018, Mercolino, Rv. 647335-01).

Sempre in ragione della circostanza che non possiede la natura ed i requisiti di una statuizione irretrattabile sulla competenza, suscettibile di pregiudicare la decisione della causa, **Sez. 6-2, n. 10957/2019, Oricchio, Rv. 653640-01** ha escluso la proponibilità del regolamento di competenza avverso l'ordinanza con cui il giudice disponga la prosecuzione del giudizio, fissando l'udienza per la precisazione delle conclusioni.

Analogamente, **Sez. 6-3, n. 14739/2019, Scoditti, Rv. 654224-01** ha ribadito che non può essere impugnato col regolamento di competenza il provvedimento col quale il giudice affermi o neghi la propria competenza per territorio a provvedere sull'istanza di accertamento tecnico preventivo a fini conciliativi, proposta ai sensi dell'art. 696 bis c.p.c., in quanto esso non ha alcuna efficacia preclusiva o vincolante nel successivo giudizio di merito (in senso conforme si veda Sez. 3, n. 14187/2008, Frasca, Rv. 603772-01).

Sez. 6-3, n. 14476/2019, Iannello, Rv. 654306-02 ha ribadito l'orientamento secondo cui è inammissibile il regolamento di competenza proposto avverso una decisione sulla competenza che sia stata adottata all'esito della fase a cognizione

sommatoria del procedimento per convalida di sfratto. Benché, infatti, la questione di competenza può essere sollevata, come ogni altra questione volta a contestare la domanda di merito, già nell'udienza di comparizione, anche al fine di contrastare l'accoglimento dell'eventuale istanza finalizzata a conseguire l'ordinanza di rilascio, tuttavia, l'esame di tale questione è compiuto in quella sede in funzione della sola decisione su tale domanda incidentale. Pertanto, un'espressa decisione sulla questione di competenza non può essere qualificata come sentenza, dovendo detta questione essere comunque decisa nel conseguente giudizio a cognizione piena sulla domanda di merito (si veda, in senso conforme, Sez. 3, n. 4016/2008, Vittoria, Rv. 601899-01).

Si è invece ritenuta impugnabile esclusivamente con il regolamento necessario di competenza la sentenza con cui il giudice di primo grado, dopo avere riconosciuto, nella motivazione, di essere privo del potere di pronunciarsi sulla domanda per incompetenza, abbia, poi, erroneamente, anziché spogliarsi della causa, deciso il merito della stessa, respingendo – in dispositivo – la domanda. In tal caso, la Corte ha ritenuto che la motivazione sul fondo della controversia è resa *ad abundantiam* da un giudice che ha esaurito la propria *potestas iudicandi* con la emissione di una pronuncia in rito completamente definitiva della causa dinanzi a sé, e che pertanto la statuizione di rigetto, contenuta nel dispositivo, è meramente apparente e, come tale, non solo insuscettibile di passare in cosa giudicata, ma anche in concreto inidonea a incidere sull'individuazione del rimedio impugnatorio esperibile (**Sez. 6-L, n. 1093/2019, Spena, Rv. 652611-01**).

Non vi è invece un indirizzo univoco in ordine alla ammissibilità del regolamento di competenza in relazione ai provvedimenti che decidono (esplicitamente o implicitamente) una questione di ripartizione degli affari all'interno dello stesso ufficio.

Sez. 6-L, n. 06179/2019, Cavallaro, Rv. 653141-01, pur dando atto del consolidato il principio secondo cui la ripartizione, all'interno del medesimo ufficio, degli affari alle sezioni specializzate in materia di impresa, lavoro e fallimento non implica la costituzione di un organo giudiziario autonomo distinto dalle sezioni ordinarie del medesimo tribunale, di talché, non pone una questione di competenza, tuttavia ha ritenuto di dover dar seguito all'opposto indirizzo affermato da Sez. 6-3, n. 05313/2014, Armano, Rv. 631008-01 (e ribadito da Sez. 6-3, n. 07882/2018, Olivieri, non massimata). Secondo tali pronunce, quando una questione di distribuzione degli affari civili all'interno dello stesso ufficio giudiziario sia stata qualificata erroneamente come questione di competenza, e non invece di ripartizione degli affari interna ad uno stesso ufficio, il mezzo di impugnazione esperibile contro la decisione che abbia riguardato solo questo punto è comunque il regolamento necessario di competenza, in applicazione del principio

dell'apparenza. Ponendosi in consapevole contrasto con l'opposto orientamento (affermato, tra le altre, da Sez. 6-3, n. 08905/2015, Ambrosio, Rv. 635212-01) la pronuncia in esame perviene a tale conclusione in considerazione del principio consolidato secondo cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile avverso un provvedimento giurisdizionale deve essere effettuata, in base al principio dell'apparenza, esclusivamente sulla base della qualificazione dell'azione compiuta dal giudice, indipendentemente dalla sua esattezza (tale principio è stato affermato da ultimo da Sez. L, n. 13381/2017, Spena, Rv. 644992-01).

Diversamente, **Sez. 6-3, n. 11332/2019, De Stefano, Rv. 653447-01** ha ritenuto inammissibile il regolamento di competenza avverso i provvedimenti del giudice che, anche solo disponendo la prosecuzione della trattazione del giudizio, affermino o presuppongano la ritualità dell'assegnazione dell'affare al medesimo in base alle tabelle di ripartizione degli affari previste dall'art. 7-bis del r.d. n. 12 del 1941, sia perché per i criteri di ripartizione della competenza va fatto riferimento nel suo complesso all'ufficio al quale il giudice appartiene o che esso riveste, sia perché comunque non involge mai una questione di competenza l'assegnazione di un affare ad uno piuttosto che ad altro magistrato in imprecisa applicazione dei relativi criteri tabellari. Inoltre, una eventuale irritualità nell'applicazione delle tabelle di composizione dell'ufficio o di ripartizione degli affari all'interno del medesimo non può mai dare luogo ad un vizio del provvedimento giurisdizionale conseguente.

Il regolamento di competenza (cd. necessario) costituisce, ex art. 42 c.p.c., l'unico strumento di impugnazione anche dei provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

In proposito **Sez. 6-1, n. 16361/2019, Mercolino, Rv. 654715-01**, seguendo il principio già affermato da Sez. 3, n. 8802/2001, Perconte Licatese, Rv. 547787-01, ha precisato che ai fini dell'ammissibilità di tale mezzo di impugnazione, la forma del provvedimento è irrilevante sicché non è di ostacolo alla sua proponibilità la circostanza che la sospensione sia stata disposta non già con ordinanza, ma con sentenza.

Il regolamento necessario di competenza non è ammesso, invece, contro il provvedimento che neghi la sospensione del processo, poiché la formulazione letterale dell'art. 42 c.p.c., di carattere eccezionale, prevede un controllo immediato solo sulla legittimità del provvedimento che tale sospensione concede, che incide significativamente sui tempi di definizione del processo stesso. Nell'affermare tale principio, **Sez. 6-2, n. 31694/2019, Criscuolo, Rv. 656258 – 01**, ha ritenuto che questa diversità di disciplina non è in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. in quanto la proponibilità del regolamento avverso il provvedimento che dichiara la sospensione si fonda sull'esigenza di assicurare un controllo immediato avverso un provvedimento idoneo ad arrecare un irrimediabile pregiudizio alla parte che ne

contesta la fondatezza, mentre l'illegittimità del provvedimento di rigetto della richiesta sospensione può utilmente dedursi con l'impugnazione della sentenza resa all'esito del processo, determinando, ove ritenuta sussistente, la riforma o la cassazione della sentenza pronunciata in violazione delle norme sulla sospensione necessaria. Neppure è stata ravvisata la violazione dell'art. 111 Cost. dal momento che il differente trattamento si fonda sulla diversità di effetti che le due ordinanze determinano e sull'esigenza di privilegiare il principio della durata ragionevole del processo, che rischierebbe di essere esposto ad un non lieve pregiudizio ove l'ordinamento non apprestasse un sollecito rimedio per assicurare l'immediata verifica della legittimità dell'ordinanza che abbia disposto la sospensione per pregiudizialità. Conseguentemente, la S.C. ha ritenuto la manifesta infondatezza della questione di legittimità, avanzata con riferimento a detti parametri costituzionali.

Per quanto non espressamente previsto, **Sez. 6-L, n. 14337/2019, Esposito, Rv. 654020-01** ha ribadito che, in applicazione analogica di quanto previsto dall'art. 42 c.p.c., è impugnabile con il regolamento di competenza il provvedimento di sospensione del processo ex art. 337, comma 2, c.p.c. Infatti, anche in detta ipotesi, tale rimedio conserva la propria struttura e funzione, sicché il sindacato esercitabile dalla Corte di cassazione è limitato alla verifica dell'esistenza dei presupposti giuridici in base ai quali il giudice di merito si è avvalso del potere discrezionale di sospensione, nonché della presenza di una motivazione non meramente apparente in ordine al suo esercizio (in senso analogo sia era espressa lo scorso anno Sez. 6-5, n. 18494/2018, Conti, Rv. 649642-01).

7.1. Il procedimento.

Ai sensi dell'art. 47, comma 2, c.p.c. il regolamento facoltativo di competenza deve essere proposto nei trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento che ha pronunciato sulla competenza.

Sez. 6-3, n. 20833/2019, Scrima, Rv. 654850-01, richiamando un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità (in particolare, più di recente, cfr. Sez. 6-2, n. 01471/2018, Criscuolo, Rv. 647349-01), ha affermato che, nel caso in cui il mezzo di impugnazione in esame sia proposto avverso la sentenza pronunciata in udienza ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., il suddetto termine decorre dalla stessa udienza.

Per quanto attiene al regolamento di competenza d'ufficio ex art. 45 c.p.c. sollevato dal giudice investito della controversia, a seguito di pronuncia declinatoria della stessa da parte del giudice preventivamente adito, **Sez. 6-3, n. 27731/2019, Rubino, Rv. 655646-01** ha confermato l'indirizzo secondo il quale esso è

tempestivo, secondo quanto si ricava dall'art. 38 c.p.c., purché promosso entro la prima udienza di trattazione, eventualmente anche a seguito di riserva assunta in quella sede. Il mancato rispetto di detto termine comporta l'inammissibilità del regolamento d'ufficio, pur quando esso venga sollevato all'udienza di trattazione successiva ad altra di mero rinvio, perché la celebrazione di tali udienze è vietata nel nostro ordinamento, stante la finalità costituzionalmente recepita della ragionevole durata del processo (in senso conforme si era espressa Sez. 1, n. 18680/2003, Genovese, Rv. 568712-01). In applicazione di questo principio, la S.C. ha ritenuto intempestivo il regolamento di competenza sollevato alla prima udienza di effettiva trattazione, perché successiva ad altra di mero rinvio operata con "salvezza dei diritti di prima udienza".

Ai fini della valutazione della tempestività della proposizione del regolamento d'ufficio nell'ambito del procedimento camerale di cui all'art. 5 della l. n. 117 del 1998 in materia di responsabilità civile dei magistrati, nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dalla legge n. 18 del 2015, **Sez. 6-3, n. 26072/2019, Porreca, Rv. 655819-01** ha affermato che la prima udienza di trattazione nella quale deve essere rilevata la questione di competenza è quella che si svolge avanti al giudice istruttore il quale rimette al Collegio la decisione sull'ammissibilità della domanda di cui all'art. 2 della citata legge, essendo riservata a detto organo collegiale la decisione di sollevare il regolamento d'ufficio a norma dell'art. 45 c.p.c. In mancanza del suddetto tempestivo rilievo, il regolamento stesso dev'essere dichiarato inammissibile perché tardivo.

CAPITOLO VII

LE DISPOSIZIONI GENERALI

(DI LAURA MANCINI)

SOMMARIO: 1. Il giudice. Astensione e ricusazione – 2. Ausiliari – 2.1. Il diritto al compenso – 2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari – 3. Litispendenza e continenza – 4. Le parti e i difensori – 5. Successione nel processo e successione nel diritto controverso – 6. L'interesse ad agire – 7. La legittimazione ad agire – 8. I termini – 9. Comunicazioni e notificazioni – 9.1. Nullità della notificazione.

1. Il giudice. Astensione e ricusazione.

Le pronunce in materia di astensione e ricusazione rese nell'annualità in rassegna confermano la tendenza dei giudici di legittimità ad interpretare la disciplina di tali istituti alla luce del principio del giusto processo - nella declinazione di processo equo in quanto celebrato dinanzi ad un giudice terzo e imparziale - così come conformato dalla giurisprudenza delle corti europee.

Infatti, con la riforma dell'art. 111, comma 2, Cost. ad opera della legge cost. n. 2 del 1999 il principio di imparzialità – che rappresenta il fondamento del sistema delle norme codicistiche *in subiecta materia* – è divenuto un elemento essenziale del giusto processo e, pertanto, nella prospettiva eurounitaria, deve essere apprezzato tanto in base ad un criterio soggettivo, relativo alla manifestazione di convinzioni o pregiudizi personali (Corte EDU, 9.7.2013, Di Giovanni c/Italia e 11.7.2013, Morice c/Francia), quanto in base al criterio oggettivo relativo all'esistenza di garanzie sufficienti per escludere ogni legittimo dubbio nei cittadini (Corte EDU 28.4.2009, Savino c/Italia).

Aderendo a tale rinnovato approccio ermeneutico, le più recenti decisioni di legittimità hanno ribadito che le norme interne in materia di astensione e ricusazione risultano pienamente compatibili con il principio del giusto processo nell'accezione suddetta, non contrastando né con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, né con l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, né con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ma, ricevendo un rafforzamento proprio in virtù del novellato art. 111 Cost., in connessione con l'espansione internazionale del diritto di difesa (**Sez. 2, n. 2270/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 652427-01**, la quale è giunta a tali conclusioni sviluppando considerazioni presenti in Sez. 1 n. 22835/2016, De Chiara, Rv. 642402-01).

Nella medesima prospettiva, la Corte di Cassazione ha ritenuto coerente con il principio del giusto processo l'interpretazione dell'art. 52 c.p.c. secondo la quale l'incompatibilità del giudice delegato che ha pronunciato il decreto di esecutività

dello stato passivo a far parte del collegio chiamato a decidere sulla conseguente opposizione non determina una nullità deducibile in sede di impugnazione in quanto tale incompatibilità, salvo i casi di interesse proprio e diretto nella causa, può dar luogo soltanto all'esercizio del potere di ricusazione che la parte interessata ha l'onere di far valere, in caso di mancata astensione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 52 c.p.c. (**Sez. 1, n. 10492/2019, Vella, Rv. 653468-01**).

A tale ultimo principio – secondo il quale l'inosservanza dell'obbligo di astensione di cui all'art. 51, comma 1, n. 1, c.p.c. determina la nullità del provvedimento emesso solo nel caso in cui il componente dell'organo decidente abbia un interesse proprio e diretto nella causa che lo ponga nella qualità di parte del procedimento, assumendo la violazione di tale obbligo rilievo come mero motivo di ricusazione - ha dato ulteriormente seguito **Sez. 2, n. 2270/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 652427-02**, sviluppando una riflessione già presente in Sez. 6-2, n. 7545/2011, Petitti, Rv. 617510-01).

Per quanto concerne l'ambito di operatività dell'obbligo di astensione, merita di essere segnalata **Sez. 2, n. 15268/2019, Sabato, Rv. 654084-01**, secondo la quale l'astensione di cui all'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c. si impone solo al giudice che abbia conosciuto della stessa causa come magistrato in altro grado, posto che la norma è volta ad assicurare la necessaria alterità del giudice chiamato a decidere, in sede di impugnazione, sulla medesima *res iudicanda* in un unico processo; ne consegue che l'obbligo non può essere inteso nel senso di operare in un nuovo e distinto procedimento, ancorché riguardante le stesse parti e pur se implicante la risoluzione di identiche questioni. Sulla scorta di tale enunciazione, la Corte ha escluso la ricorrenza di un caso di astensione obbligatoria con riferimento al giudice istruttore di un giudizio di divisione, il quale sia era in precedenza pronunciato in un giudizio penale a carico di una delle parti parte, peraltro in relazione al delitto di lesioni volontarie in danno dell'altra parte.

L'obbligo di astensione non ricorre, invece, in capo al giudice relatore autore della proposta di cui all'art. 380 bis, comma 1, c.p.c., in quanto detta proposta non ha carattere decisorio e non è destinata a fungere da prima interlocuzione fra il relatore e il presidente del collegio, senza che risulti in alcun modo menomata la possibilità per il collegio, all'esito del contraddittorio scritto con le parti e della discussione in camera di consiglio, di confermarla o modificarla. In applicazione di tale principio, **Sez. 6 - 2, n. 7541/2019, Criscuolo, Rv. 653507-01**, ha respinto l'istanza di ricusazione del giudice relatore, avanzata dal ricorrente nella memoria successiva alla formulazione della proposta ex art. 380-bis, comma 1, c.p.c., sul presupposto che il relatore si sarebbe rivelato di parte, nel propendere apoditticamente per l'inammissibilità del ricorso, in contrasto con le circostanze di fatto, la legge e la giurisprudenza evidenziate nel ricorso medesimo.

Per quanto concerne, infine, il procedimento di ricusazione, meritano di essere segnalate **Sez. 6-3, n. 11331/2019, De Stefano, Rv. 653611-01**, che ha chiarito che il provvedimento con il quale si decide sull'istanza di ricusazione non ha natura decisoria, così che - ferma la convertibilità in motivo di nullità della sentenza dell'eventuale vizio causato dall'incompatibilità del giudice da far valere con gli ordinari mezzi di gravame - è inammissibile il regolamento di competenza avverso lo stesso; e **Sez. 2, n. 11225/2019, Fortunato, Rv. 653637-01**, secondo la quale nel procedimento ex artt. 52 e ss., non sono previste né la comunicazione del relativo provvedimento di rigetto, poiché, una volta negata la sospensione del processo, le parti sono tenute al rispetto delle successive scansioni procedurali senza necessità di ulteriori adempimenti dell'ufficio, né la concessione di termini a difesa, giacché tale procedimento, di natura incidentale, è connotato dai caratteri dell'essenzialità e della rapidità della decisione, pur nel rispetto delle garanzie del contraddittorio.

2. Ausiliari.

Le numerose pronunce che nel 2019 hanno affrontato questioni concernenti la disciplina degli ausiliari del giudice confermano la tendenza della giurisprudenza di legittimità a riconoscere carattere pubblicistico alle funzioni ad essi attribuite nel generale e superiore interesse della giustizia.

Coerenti con tale premessa sistematica sono le affermazioni secondo le quali, per un verso, la violazione, da parte del consulente tecnico d'ufficio, dell'obbligo di bene e fedelmente adempiere dà luogo alla nullità della consulenza (**Sez. 3, n. 25022/2019, Scarano, Rv. 655370-01**) e, per altro verso, anche gli ausiliari del giudice sono soggetti all'obbligo di imparzialità e terzietà e, quindi, agli istituti dell'astensione e della ricusazione (**Sez. L, n. 27916/2019, Patti, Rv. 655586-01**).

In questa prospettiva la Corte ha ritenuto il custode di beni sottoposti a sequestro giudiziario, in quanto rappresentante d'ufficio di un patrimonio separato costituente centro di imputazione di rapporti giuridici attivi e passivi, responsabile degli atti compiuti in tale veste, anche se in esecuzione di provvedimenti del giudice ai sensi dell'art. 676 c.p.c., e, quindi, legittimato a stare in giudizio attivamente e passivamente, limitatamente alle azioni relative ai rapporti attinenti alla custodia ed amministrazione dei beni sequestrati (**Sez. 2, n. 16057/2019, Casadonte, Rv. 654228-01**).

2.1. Il diritto al compenso.

L'elaborazione giurisprudenziale in materia di ausiliari del giudice ha riguardato in modo preponderante la liquidazione del compenso e il procedimento di opposizione avverso la stessa.

Le pronunce dell'anno in rassegna hanno, innanzitutto, contribuito a delineare lo statuto della remunerazione delle attività svolte dagli ausiliari del giudice penale.

A tale riguardo, deve essere segnalata **Sez. 1, n. 11553/2019, Scotti, Rv. 653768-01**, la quale, dando seguito a Sez. 6-2, n. 752/2016, Giusti, Rv. 638638-01, ha precisato che in tema di liquidazione dell'indennità spettante al custode di beni sottoposti a sequestro nell'ambito di un procedimento penale, a seguito dell'emanazione del d.m. n. 265 del 2006, la determinazione dell'indennità di custodia per i beni diversi da quelli ivi espressamente contemplati va operata, ai sensi dell'art. 5 del citato d.m. e dell'art. 58, comma 2, del d.P.R. n. 115 del 2002, sulla base degli usi locali, senza che, per questi, occorra verificare la ricorrenza del requisito della *opinio iuris ac necessitatis*, ossia dalla convinzione, comune ai consociati, dell'obbligatorietà dell'osservanza delle tariffe, derivando il recepimento e la legittimazione delle prassi dei corrispettivi applicati nella pratica commerciale direttamente dal rinvio operato dalla disciplina legale.

Utili indicazioni ricostruttive si traggono anche da **Sez. 2, n. 16850/2019, Sabato, Rv. 654552-01**, la quale, in continuità con Sez. 2, n. 22362/2018, Picaroni, Rv. 650321-02, ha ribadito che, in tema di recupero delle spese di conservazione e custodia di beni sottoposti a sequestro penale, dopo la scadenza del termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento di dissequestro e di restituzione del bene all'avente diritto, il carattere pubblico della funzione del custode e il connesso onere di anticipazione delle spese di conservazione e custodia a carico dello Stato vengono meno, sicché le relative spese sono a carico dell'avente diritto alla restituzione. Ai fini della cessazione del rapporto pubblicistico, non è, infatti, necessaria la comunicazione al custode del provvedimento di restituzione, in quanto la funzione di tale adempimento, introdotto dall'art. 150 del d.P.R. n. 115 del 2002 (anche nella formulazione successiva alle modifiche introdotte dalla l. n. 168 del 2005), è solo quella di consentire al custode di attivarsi efficacemente nei confronti dell'avente diritto che non abbia provveduto al tempestivo ritiro del bene.

Sempre in materia di compenso per l'ausiliare designato in sede penale e, con specifico riguardo alla liquidazione dell'onorario in favore dei custodi e degli amministratori giudiziari dei beni sottoposti a sequestro nell'ambito di un procedimento di prevenzione, **Sez. 2, n. 21592/2019, Dongiacomo, Rv. 654903-01**, ha affermato che, ove sia applicabile, *ratione temporis*, la disciplina di cui all'art. 2-octies della l. n. 575 del 1965, tale norma, in combinato disposto con l'art. 2-septies,

comma 5, va intesa nel senso che il richiamo alle tariffe professionali ivi contenuto assume valenza univoca solo con riguardo alle categorie professionali i cui compensi siano oggetto di specifica disciplina, mentre il rinvio alle tariffe locali o agli usi deve intendersi riferito esclusivamente all'ipotesi in cui sia nominato amministratore una persona non inquadrata in alcuna delle predette categorie. In applicazione del principio, la Corte ha cassato l'ordinanza impugnata, con la quale erano stati liquidati i compensi ad un amministratore che rivestiva la qualità di dottore commercialista, non secondo le tariffe previste per la sua categoria professionale, ma in base agli usi ed alle tariffe locali.

La stessa decisione (**Sez. 2, n. 21592/2019, Dongiacomo, Rv. 654903-02**) ha anche precisato che, in tema di prestazioni professionali rese da un amministratore giudiziario di beni sottoposti a sequestro nell'ambito di un procedimento di prevenzione, la liquidazione del relativo compenso va effettuata, analogamente a quanto avviene nel caso di successione di tariffe professionali relative alle prestazioni degli avvocati, in base alla tariffa vigente al momento in cui le attività professionali sono state condotte a termine, da identificare con l'esaurimento dell'intera fase rilevante ovvero, nel caso in cui le prestazioni siano cessate prima, con il momento di tale cessazione.

Per quanto concerne, invece, la liquidazione del compenso al commissario giudiziale ex artt. 15 e 45, comma 3, del d.lgs. n. 231 del 2001, **Sez. 2, n. 20375/2019, Sabato, Rv. 654886-01**, ha chiarito che per la relativa determinazione non è possibile alcuna equiparazione in via generalizzata, anche ai fini dell'applicazione analogica delle norme sui compensi, dell'attività del commissario giudiziale a quella di altri ausiliari, attesa la natura flessibile dei suoi compiti, cui possono essere demandate le più diverse attribuzioni nell'ambito dell'attività dell'ente. Ne consegue che, in mancanza di specifica tabella professionale, compete direttamente al magistrato che liquida il compenso al commissario giudiziale applicare, caso per caso, gli artt. 49 e 50 del d.P.R. n. 115 del 2002, liquidando il compenso con riferimento alle tariffe professionali esistenti, eventualmente concernenti materie analoghe, temperate con la natura pubblicistica dell'incarico.

Interessanti precisazioni sono state svolte anche in merito alla liquidazione del compenso del consulente tecnico d'ufficio.

Secondo **Sez. 2, n. 22621/2019, Oliva, Rv. 655239-01**, la decurtazione degli onorari prevista dall'art. 52 del d.P.R. n. 115 del 2002, per il caso in cui il consulente tecnico di ufficio completi le attività delegategli oltre il termine, originario o prorogato, assegnato dal magistrato, non è suscettibile di graduazione con riferimento al *quantum*, né all'entità del ritardo in cui è incorso l'ausiliare nel deposito della relazione, trattandosi di sanzione finalizzata a prevenire comportamenti non virtuosi del consulente, nonché indebite dilatazioni dei tempi processuali.

Con riferimento alla liquidazione degli onorari a vacanze, **Sez. 2, n. 7636/2019, Carrato, Rv. 653377-02** ha affermato che detti compensi devono essere determinati nei limiti della richiesta dello stesso ausiliario giudiziario e vanno commisurati al tempo effettivamente impiegato per lo svolgimento dell'incarico peritale conferito e non a quello presumibile ritenuto in proposito e in via ipotetica necessario dal giudice d'ufficio.

Ancora, per **Sez. 2, n. 23418/2019, Correnti, Rv. 655460-01**, nella determinazione degli onorari spettanti ai consulenti deve essere applicato il criterio delle vacanze, anziché quello a percentuale, non solo quando manca una specifica previsione della tariffa, ma altresì quando, in relazione alla natura dell'incarico ed al tipo di accertamento richiesti dal giudice, non sia logicamente giustificata e possibile un'estensione analogica delle ipotesi tipiche di liquidazione secondo il criterio della percentuale. La decisione di liquidare gli onorari a tempo e non a percentuale è incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivata.

In argomento, **Sez. 6-2, n. 24605/2019, Cosentino, Rv. 655694-01**, rafforzando il principio espresso da Sez. 2, n. 7186/2007, Scherillo, Rv. 596697-01, ha precisato che, ai fini della liquidazione del compenso al consulente tecnico, deve aversi riguardo all'accertamento richiesto dal giudice e non al tipo di indagini che il consulente ha svolto per pervenire a quell'accertamento, essendo esse lo strumento utilizzato dall'ausiliare per pervenire al risultato richiesto. Pertanto, nel caso in cui la consulenza richieda l'esame di una pluralità di bilanci, l'onorario (da calcolarsi a percentuale secondo il disposto dell'art. 4 del d.P.R. n. 352 del 1988) va liquidato globalmente e non per singole annualità se, avuto riguardo alla natura dell'incarico conferito all'ausiliare, è unico il risultato finale da fornire al giudice.

2.2. L'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso degli ausiliari.

Per quanto concerne il procedimento di opposizione alla liquidazione del compenso, dalle pronunce emesse nell'anno in rassegna emerge una particolare attenzione alla garanzia del contraddittorio imposta dal principio del giusto processo a tutela del soggetto chiamato a sopportare il peso finale della liquidazione.

In questa prospettiva, **Sez. 2, n. 6242/2019, Gorjan, Rv. 652774-01** ha precisato che nel giudizio di opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso del notaio delegato per la vendita, emesso nell'ambito di una procedura esecutiva immobiliare dichiarata improseguibile per il fallimento del debitore esecutato, la curatela fallimentare è litisconsorte necessario, con conseguente nullità del procedimento e della decisione in caso di caso di sua mancata evocazione in giudizio.

Con riguardo all'opposizione avverso la liquidazione del compenso degli ausiliari del giudice penale, **Sez. 2, n. 10742/2019, Casadonte, Rv. 653404-01** ha chiarito che in tale giudizio anche l'imputato è parte necessaria del relativo giudizio perché titolare passivo del rapporto di debito oggetto di tale procedimento, prevedendo il d.P.R. n. 115 del 2002 il recupero a carico delle spese processuali anticipate dallo Stato.

Coerente con l'evidenziato approccio ermeneutico è **Sez. 2, n. 10060/2019, Dongiacomo, Rv. 653492-01**, la quale ha affermato che l'opposizione avverso il decreto di liquidazione del compenso dell'ausiliario delegato alla vendita nella procedura esecutiva immobiliare deve essere notificata al debitore esecutato in quanto questi è il soggetto che subisce gli effetti giuridici del decreto impugnato, dovendo trovare applicazione il principio del giusto processo ex art. 111 Cost., il quale può essere rispettato solo con il contraddittorio tra le parti in ogni fase processuale.

E' stato, infine, riaffermato il consolidato principio secondo il quale nel giudizio di opposizione al decreto di pagamento emesso in favore del consulente tecnico d'ufficio ai sensi dell'art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 tutte le parti del processo in cui è stata espletata la c.t.u. sono litisconsorti necessari (**Sez. 6-2, n. 19694/2019, Criscuolo, Rv. 654986-01**).

Per quanto concerne specificamente la competenza a decidere sull'opposizione ex art. 170 del d.P.R. n. 115/2002, è stato evidenziato che, anche in seguito alle modifiche introdotte dall'art. 15 del d.lgs. n. 150 del 2011, la pronuncia sull'opposizione al decreto di liquidazione dei compensi agli ausiliari, ex art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, spetta alla competenza funzionale di un giudice monocratico del Tribunale o della Corte d'appello cui appartiene il magistrato che ha emanato il provvedimento di liquidazione oggetto di impugnazione, da identificare con il Presidente del medesimo ufficio giudiziario o con un giudice da questo delegato (**Sez. 2, n. 22795/2019, Bellini, Rv. 655223-01**).

Non costituisce, invece, questione di competenza l'attribuzione ai magistrati addetti agli affari civili dell'opposizione ex art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 avverso il decreto di liquidazione del compenso in favore del custode nominato a seguito di sequestro preventivo emesso in sede penale, con la conseguenza che la trattazione dell'opposizione da parte di un giudice addetto al settore penale non determina alcuna nullità, ma una mera irregolarità (**Sez. 2, n. 12802/2019, Gorjan, Rv. 653816-01**).

In ultimo, merita di essere segnalata **Sez. 2, n. 2703/2019, Federico, Rv. 652573-01**, per la quale, in materia di spese di giustizia, ove manchi la rituale comunicazione del decreto di liquidazione del compenso spettante all'ausiliario, quest'ultimo può legittimamente fare ricorso al procedimento monitorio per

munirsi di un titolo esecutivo nei confronti della parte processuale, la quale può proporre opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c., contestando, secondo le regole ordinarie, non solo l'"an" ma anche il "quantum" del credito azionato perché, in assenza di una valida comunicazione del menzionato decreto, non decorre il termine previsto dall'art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 (nel testo previgente alle modifiche apportate dall'art. 34 del d.lgs. n. 150 del 2011) per introdurre lo speciale procedimento ivi disciplinato e, di conseguenza, non si verifica alcun effetto preclusivo. Applicando tale principio, la Corte ha cassato la decisione di merito che, nel rigettare l'opposizione a decreto ingiuntivo, aveva ritenuto che la contestazione della misura del compenso, richiesto in via monitoria dall'ausiliario, avrebbe dovuto essere effettuata ex art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, evidenziando che l'ingiunto non aveva ricevuto una rituale comunicazione del decreto di pagamento e che, pertanto, l'opposizione doveva seguire le regole ordinarie.

3. Litispendenza e continenza.

La litispendenza presuppone l'identità dei soggetti, del *petitum* e della *causa petendi*, con la conseguenza che deve escludersene la configurabilità nel caso di contemporanea pendenza di controversie tributarie il cui *petitum* immediato sia costituito da distinti atti impositivi, ancorché emessi a carico dei medesimi soggetti, per il medesimo presupposto di imposta e per il medesimo credito fiscale (**Sez. 5, n. 29631/2019, Antezza, Rv. 655741-01**).

Per le stesse ragioni la Corte di Cassazione, dando seguito ad un principio già precedentemente espresso (Sez. I, n. 16199/2011, Zappia, Rv. 618691-01), ha escluso la litispendenza tra l'opposizione a decreto ingiuntivo e l'opposizione a precetto intimato in virtù del medesimo titolo, atteso che con la prima si contesta, in sede di giudizio di cognizione, la sussistenza del credito azionato in via monitoria, mentre con la seconda è negato il diritto della controparte a procedere ad esecuzione forzata, sicché non ricorre identità, né del *petitum* e neppure della *causa petendi* (**Sez. 6-1, n. 29432/2019, Falabella, Rv. 656094-01**).

Sussiste, invece, litispendenza tra l'opposizione a precetto ex art. 615, comma 1, c.p.c. e la successiva opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 2, c.p.c., proposte avverso il medesimo titolo esecutivo e fondate su fatti costitutivi identici concernenti l'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione forzata, qualora le cause siano pendenti, nel merito, innanzi ad uffici giudiziari diversi, anche per grado; qualora, invece, le cause siano pendenti, nel merito, innanzi allo stesso ufficio giudiziario, ne va disposta la riunione di ufficio, ai sensi dell'art. 273 c.p.c., ferme le decadenze già maturate nella causa iniziata per prima (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-01**).

Ad identiche conclusioni è giunta **Sez. 6-L, n. 10415/2019, Spena, Rv. 653460-01**, per la quale sussiste litispendenza, e non continenza, né connessione, tra una opposizione a precetto, proposta ai sensi dell'art. 615, comma 1, c.p.c., ed un'opposizione all'esecuzione, successivamente proposta ai sensi dell'art. 615, comma 2, c.p.c., avverso il medesimo titolo esecutivo e fondate su fatti costitutivi dell'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione forzata identici.

E', inoltre, configurabile la litispendenza tra il giudizio di divisione intrapreso da alcuni dei partecipanti alla comunione e quello c.d. endoesecutivo, instaurato in seno al processo di espropriazione forzata della quota di pertinenza di altro condividente. In questo caso secondo **Sez. 6-2, n. 7617/2019, Scarpa, Rv. 653373-03**, deve trovare applicazione il criterio di cui all'art. 39 c.p.c., avuto riguardo, da un alto, alla data della notificazione dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di divisione ordinario e, dall'altro, a quella della pronuncia (o della notifica alle parti non presenti) dell'ordinanza del G.E. che disponga la divisione nell'ambito del procedimento esecutivo.

Ancora, con riferimento all'ingiunzione di pagamento europea ai sensi del Reg. CE n. 1896/2006, qualora il debitore ingiunto proponga opposizione a norma dell'art. 16 del Regolamento e il giudizio prosegua nella forma e secondo la disciplina individuate dal creditore nel termine a lui assegnato dal giudice dell'ingiunzione, la litispendenza si determina con riferimento alla data di deposito della domanda di ingiunzione europea (**Sez. U, n. 2840/2019, Frasca, Rv. 652492-02**).

A proposito degli effetti della litispendenza, merita di essere segnalata **Sez. 2, n. 13500/2019, Sabato, Rv. 654038-01**, secondo cui per effetto della dichiarazione di litispendenza, il processo innanzi al giudice successivamente adito si esaurisce definitivamente, salvo il regolamento di competenza ex art. 42 c.p.c., con la conseguenza che non è più possibile la ripresa del suo svolgimento attraverso la proposizione di un'istanza di riassunzione, ma la parte può far valere il suo diritto nel diverso processo preventivamente instaurato. Nella specie, la Corte ha ritenuto che la corte d'appello avesse erroneamente fatto discendere dall'ipotizzata - ma insussistente - inadempienza a un presunto obbligo di impugnare o in alternativa di proporre nuova azione di merito, anche rispetto a quella proposta e definita con dichiarazione di litispendenza, la conseguenza della prescrizione del diritto al risarcimento.

Ancora, **Sez. 6-3, n. 16374/2019, Rubino, Rv. 654320-01**, rifacendosi a un risalente orientamento (Sez. I, Sentenza n. 5022/1985, Angarano, Rv. 442354-01), ha precisato che il rapporto di litispendenza va accertato, nel giudizio successivo, con riferimento alla situazione processuale esistente al tempo della decisione della questione stessa, tenendo anche conto di eventi sopravvenuti incidenti sui rapporti processuali; pertanto, non sussiste litispendenza ove - perdurando tra gli stessi

soggetti la contemporanea pendenza di due cause identiche per *petitum* e per *causa petendi* - in una sia in discussione il merito della pretesa azionata, mentre nell'altra residui solo la questione delle spese processuali, essendosi sul merito formato il giudicato (nella specie, la Suprema Corte ha ritenuto la insussistenza della litispendenza in un'ipotesi in cui, a seguito di sentenza di primo grado con la quale era stata rimessa la causa davanti al giudice competente, una parte, scaduto il termine per la riassunzione, aveva nuovamente azionato la pretesa in via monitoria e l'altra aveva proposto opposizione a decreto ingiuntivo nonché appello avverso la sentenza in questione in relazione all'omessa liquidazione delle spese processuali).

Per quanto concerne, infine, la litispendenza internazionale, merita di essere menzionata **Sez. 1, n. 13412/2019, Nazzicone, Rv. 654257-01**, secondo la quale nelle controversie in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale o di obbligazioni alimentari, qualora l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro successivamente adita abbia adottato una decisione poi divenuta definitiva, ancorché in violazione delle norme sulla litispendenza eurounitaria di cui all'art. 27 del regolamento 44/2001/CE (concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale) e all'art. 19 del Regolamento 2201/2003/CE (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale), tale violazione - secondo quanto affermato da Corte di Giustizia U.E. nella sentenza del 16 gennaio 2019, C-386/17 - non consente all'autorità giurisdizionale nazionale, pur preventivamente adita, di negare, per questo solo motivo, il riconoscimento dell'efficacia alla decisione straniera, il cui giudicato si faccia valere incidentalmente nel processo preventivamente instaurato, trattandosi di norma processuale inerente la giurisdizione, esclusa dal parametro della manifesta contrarietà ad ordine pubblico.

Ancora, **Sez. U, n. 12638/2019, Bisogni, Rv. 653936-01**, ha chiarito che, in tema di competenza giurisdizionale nell'ambito degli Stati dell'Unione europea, il criterio della prevalenza della clausola di proroga della giurisdizione, previsto dall'art. 31, par. 2, del Reg. Ue n. 1215 del 2012, non opera quando il rapporto giuridico tra le parti sia disciplinato da molteplici regolamentazioni contrattuali, contenenti più clausole di proroga tra loro confliggenti nella scelta del giudice nazionale; ne consegue che, in caso di litispendenza o connessione tra controversie nelle quali rilevino siffatte clausole, la decisione sulla giurisdizione rimane attribuita al giudice preventivamente adito e quello successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza, ai sensi dell'art. 29 dello stesso Reg. Ue n. 1215 del 2012.

Rare sono le pronunce in materia di continenza registratesi nell'anno in esame.

Sez. 6-1, n. 16077/2019, Mercolino, Rv. 654631-01, ha precisato che, in tema di continenza tra cause, l'obbligazione di garanzia, pur essendo sussidiaria rispetto a quella garantita, in quanto diretta ad assicurare l'adempimento di una prestazione risultante da un rapporto a cui il fideiussore è rimasto estraneo, è tuttavia caratterizzata da una propria individualità giuridica, cioè da un oggetto e un titolo distinti dall'obbligazione principale, potendo la fideiussione semplice farsi valere non appena il debitore si sia reso inadempiente, senza che sia necessario escuterlo inutilmente in tutto o in parte sperando un separato giudizio per conseguire la prestazione principale; ne consegue che non sussiste pregiudizialità tra la domanda proposta nei confronti del debitore principale e quella proposta nei confronti del fideiussore, legate al più da un rapporto di connessione impropria, in quanto la diversità dei soggetti delle due cause, impedendo alla decisione dell'una di spiegare efficacia di giudicato nei confronti dell'altra, può evidenziare una mera comunanza di questioni, inidonea a giustificare lo spostamento di competenza in favore del giudice del rapporto principale.

Merita, altresì, di essere segnalata **Sez. 1, n. 15094/2019, Pazzi, Rv. 654270-01**, secondo cui tra la domanda di concordato preventivo e l'istanza di fallimento ricorre un rapporto di continenza, che impone la riunione dei relativi procedimenti ai sensi dell'art. 273 c.p.c.; tuttavia, l'omessa riunione non determina alcuna nullità, né impedisce la dichiarazione di fallimento, quando il tribunale abbia già disposto la revoca dell'ammissione alla procedura concordataria, purché il debitore abbia avuto formale conoscenza dell'iniziativa per la sua dichiarazione di fallimento.

Rifacendosi ad un non più recente orientamento (per il quale si veda Sez. U, n. 15905/2006, Segreto, Rv. 591328-01), **Sez. 6-3, n. 24161/2019, Positano, Rv. 655126-01** ha ribadito che ai sensi dell'art. 39, comma 2, c.p.c., il giudice che ravvisi la continenza tra una causa propositagli ed altra precedentemente instaurata dinanzi a un giudice diverso deve verificare la competenza (per materia, territorio, derogabile e inderogabile, e valore) di quest'ultimo in relazione non soltanto alla causa da rimmettergli ma anche a quella presso di lui già pendente, con indagine estesa a tutti i criteri di competenza.

4. Le parti e i difensori.

Nell'annualità in rassegna le rare pronunce in materia di legittimazione processuale hanno riguardato essenzialmente i profili della prova di tale presupposto processuale e dell'operatività della sanatoria ex art. 182 c.p.c.

Per quanto concerne il primo di tali aspetti, **Sez. 5, n. 5925/2019, Guida, Rv. 652722-01**, ha affermato che il conferimento della procura speciale al rappresentante volontario, attenendo alla verifica della regolare costituzione del rapporto

processuale, che deve essere effettuata dal giudice anche d'ufficio, può essere provato mediante documenti che dimostrino la sussistenza del potere di rappresentanza sostanziale, in ogni stato e grado del giudizio, compreso quello di legittimità, con il solo limite del giudicato interno sulla questione.

Con specifico riguardo al giudizio di cassazione, **Sez. 6-3, n. 11898/2019, D'Arrigo, Rv. 653802-01**, in linea con un risalente *dictum* (Sez. L, n. 3643/1999, Dell'Anno, Rv. 525298-01) ha, invece, precisato che, laddove la procura per la proposizione del ricorso per cassazione sia stata rilasciata da un soggetto nella qualità di procuratore speciale in virtù dei poteri conferitigli con procura notarile non depositata con il ricorso, né rinvenibile nel fascicolo, all'impossibilità del controllo, da parte del giudice di legittimità, della legittimazione del delegante ad una valida rappresentanza sostanziale e processuale della persona giuridica, consegue l'inammissibilità del ricorso.

Validi spunti ricostruttivi possono, inoltre, trarsi da **Sez. 5, n. 8120/2019, Fichera, Rv. 653519-01**, la quale ha precisato che colui che agisce in giudizio in qualità di legale rappresentante di una società di capitali, non in virtù di una formale nomina di fonte statutaria o assembleare, ma quale amministratore di fatto, che esercita poteri gestori analoghi all'amministratore di diritto, ha l'onere di dimostrare l'effettivo esercizio di tali poteri, ai fini dell'accertamento della legittimazione ad agire in nome e per conto della società, non potendo invocare a supporto delle proprie allegazioni norme statutarie o risultanze del registro delle imprese (nella specie, la Corte ha annullato la decisione impugnata, che aveva ritenuto provata la qualità di amministratore di fatto in capo a colui che aveva agito in tale veste, sulla scorta di una sentenza di tribunale che, proprio per l'attività svolta in tale qualità, lo aveva condannato al risarcimento dei danni cagionati alla società, considerato che, peraltro, tale decisione era stata totalmente riformata in appello).

Ancora, in tema di prova della legittimazione processuale, interessanti spunti ricostruttivi sono stati offerti da **Sez. 3, n. 17062/2019, Di Florio, Rv. 654404-01**, per la quale il divieto di produzione di nuovi documenti in appello di cui all'art. 345 c.p.c. si riferisce soltanto ai documenti relativi al merito della causa e non a quelli utili a dimostrare la legittimazione processuale, la cui produzione è soggetta a decadenza nel solo caso in cui non venga effettuata entro il termine assegnato dal giudice ai sensi dell'art. 182, comma 2, c.p.c. (nella specie, la Corte ha cassato la decisione con la quale il giudice d'appello aveva confermato la sentenza dichiarativa del difetto di legittimazione processuale di una società per azioni che aveva agito in giudizio quale rappresentante dell'INPS, dopo aver respinto la richiesta di produzione di documenti ai sensi dell'art. 345 c.p.c. dalla stessa avanzata al fine di dimostrare la legittimazione contestata).

A proposito della sanatoria prevista dall'art. 182 c.p.c., **Sez. 3, n. 28824/2019, Porreca, Rv. 655788-01**, conformandosi ad un principio già espresso da Sez. 3, n. 15156/2017, Frasca, Rv. 644950-01, ha affermato che l'art. 182, comma 2, c.p.c. (nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009), secondo cui il giudice che rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione “può” assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, deve essere interpretato, anche alla luce della modifica apportata dall'art. 46, comma 2, della l. n. 69 del 2009, nel senso che il giudice “deve” promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio ed indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa, con effetti *ex tunc*, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali.

Sempre in tema di sanatoria del difetto di capacità processuale, merita di essere segnalata **Sez. 5, n. 5110/2019, D'Orazio, Rv. 652955-01**, la quale, ponendosi in continuità con Sez. 1, n. 23274/2016, Scaldaferrì, Rv. 642413-01 e Sez. 6-5, n. 3084/2016, Caracciolo, Rv. 638909-01, ma in contrasto con Sez. U, n. 13431/2014, Rv. 631299-01, D'Ascola e con Sez. L, n. 12686/2016, Lorito, Rv. 640392-01), ha chiarito che nel processo tributario il difetto di legittimazione *ad causam* della persona fisica che agisce in rappresentanza di un ente può essere sanato, in qualunque stato e grado del giudizio con efficacia retroattiva e con riferimento a tutti gli atti già compiuti, per effetto della costituzione in giudizio del soggetto dotato dell'effettiva rappresentanza dell'ente stesso, che manifesti la volontà, anche tacita, di ratificare la precedente condotta difensiva del *falsus procurator*. In applicazione del principio, la Corte ha riconosciuto efficacia sanante alla costituzione nel giudizio di cassazione di entrambi i legali rappresentanti della società stante l'espressa ratifica, in apposito atto allegato al controricorso, effettuata dal socio amministratore dell'operato in favore della società dell'altro amministratore che aveva agito disgiuntamente nei precedenti gradi del giudizio.

Utili precisazioni applicative si rinvencono, infine, in **Sez. 5, n. 4583/2019, Cirese, Rv. 652719-01** e in **Sez. 5, n. 34259/2019, Nonno, Rv. 6565419-01**, le quali hanno dato seguito al principio espresso da Sez. L, n. 13968/2010, Mammone, Rv. 613950-01, precisando che la rappresentanza processuale del Comune, nel nuovo ordinamento delle autonomie locali, spetta istituzionalmente al sindaco, cui compete, in via esclusiva, il potere di conferire al difensore la procura alle liti senza necessità di autorizzazione della giunta municipale, salvo che una disposizione statutaria la richieda espressamente, dovendo in tal caso la parte interessata provare la carenza di tale autorizzazione producendo idonea documentazione; e in **Sez. 2, n. 18198/2019, Tedesco, Rv. 654469-01**, secondo la quale in tema di sanzioni amministrative, l'art. 23 della l. n. 689 del 1981 identifica nell'autorità che ha emesso

l'ordinanza la parte passivamente legittimata nel giudizio di opposizione, e tale legittimazione rimane ferma, in difetto di una diversa previsione normativa, nel corso dell'intero giudizio e, dunque, anche in caso di impugnazione. Ne deriva che quando oggetto dell'opposizione sia un'ordinanza prefettizia, la legittimazione processuale (attiva e passiva) spetta al Prefetto il quale, benché organo periferico del Ministero dell'Interno, agisce nell'ambito di una specifica autonomia funzionale, con l'ulteriore conseguenza che, in deroga alle comuni regole sulla rappresentanza dello Stato, soltanto lo stesso Prefetto, ma non anche il Ministro dell'Interno, è legittimato a proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza con la quale il Pretore ha provveduto sull'opposizione (principio affermato in relazione al riconosciuto difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'Interno a resistere, con controricorso, al ricorso per cassazione proposto avverso una sentenza pronunciata dal tribunale, in grado di appello, nei confronti del Prefetto, quale autorità che aveva partecipato, altresì, al primo grado di lite).

Nell'anno in rassegna è stato, infine, ribadito il principio, già enunciato da Sez. 3, n. 5328/2003, Malzone, Rv. 561901-01, secondo il quale la questione relativa al difetto di legittimazione processuale, pur essendo rilevabile d'ufficio, deve essere coordinata con il sistema di preclusioni introdotto dalla legge n. 353 del 1990, come modificata dalla legge n. 354 del 1995, in forza del quale l'assenza dei poteri rappresentativi deve essere rilevata in primo grado non oltre l'udienza di trattazione e, quindi, inserita tra i motivi di appello; ne consegue che, in mancanza di tempestiva contestazione nei predetti momenti processuali e qualora il giudice di merito non abbia ritenuto di chiedere d'ufficio, a una delle parti, la giustificazione dei poteri rappresentativi in capo alla persona che ha rilasciato la procura *ad litem*, la questione non è proponibile per la prima volta con il ricorso per cassazione (**Sez. 3, n. 33769/2019, Dell'Utri, Rv. 656333 - 03**).

Per quanto concerne i temi del difensore e della rappresentanza tecnica, le numerose pronunce emesse nel 2019 hanno riguardato principalmente i requisiti, l'efficacia e l'invalidità della procura alle liti.

Tra le decisioni che si sono espresse sui requisiti di forma-contenuto della procura merita, innanzitutto, di essere segnalata **Sez. 2, n. 1216/2019, Besso Marcheis, Rv. 652054-01**, la quale, con riferimento ai procedimenti di riconoscimento, esecutività e opposizione delle decisioni emesse in materia civile e commerciale in uno Stato membro, disciplinati *ratione temporis* dagli artt. 38 ss. del Regolamento europeo n. 44 del 2001, ha precisato che l'art. 56, della sezione 3 del capo III del cit. regolamento non richiede alcuna legalizzazione o formalità analoga per la validità della procura alle liti rilasciata all'estero, in favore di un difensore straniero, per la richiesta, in Italia, della dichiarazione di esecutività di una decisione emessa in altro Stato membro, nonché per la difesa all'opposizione nei confronti

della medesima, giacché la reciproca fiducia nella giustizia in seno all'Unione europea implica che tali procedimenti si svolgano in modo efficace e rapido. In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto valida la procura conferita in Spagna, in favore di un difensore spagnolo, mediante scrittura privata la cui sottoscrizione era stata certificata dal medesimo avvocato, al fine di ottenere, in Italia, la concessione dell'esecutività di un provvedimento del Tribunale di Saragozza, nonché per la difesa nel giudizio di opposizione.

La Suprema Corte è, inoltre, tornata ad esprimersi sulla leggibilità della firma del conferente la procura apposta in calce o a margine dell'atto di un ente esattamente indicato.

In palese continuità con la tendenza alla conservazione degli atti processuali che pervade la più recente giurisprudenza di legittimità, sviluppando riflessioni già contenute in Sez. 3, n. 7179/2015, Pellicchia, Rv. 635036-01, **Sez. 2, n. 8930/2019, Fortunato, Rv. 653304-01** ha ribadito che l'illeggibilità della firma del conferente la procura alla lite, apposta in calce o a margine dell'atto con il quale sta in giudizio un ente esattamente indicato, non determina la nullità dell'atto processuale allorché il nome del sottoscrittore risulti dal testo della procura stessa o dalla certificazione d'autografia resa dal difensore, nonché quando detto nominativo sia con certezza desumibile dall'indicazione di una specifica funzione o carica, che renda identificabile il titolare per il tramite dei documenti di causa. Solo in assenza di tali condizioni si determina, infatti, una nullità di carattere relativo, che deve essere eccepita con la prima difesa, facendo, così, carico alla parte istante di integrare con la prima replica la lacunosità dell'atto. Sulla scorta di tali premesse, la Corte ha ritenuto irrilevante l'illeggibilità della firma in calce alla procura conferita dall'amministratore di un condominio, in quanto il nominativo di quest'ultimo, sebbene non risultante dal testo della procura, né dal contenuto dell'atto processuale al cui margine la stessa era stata apposta, era tuttavia desumibile dall'esame di una precedente missiva spedita dal condominio alla controparte e da questa depositata in giudizio.

Nella medesima prospettiva si è posta **Sez. 2, n. 14437/2019, Giusti, Rv. 654078-01**, la quale, dando continuità al principio già espresso da Sez. 3, n. 25725/2014, Vivaldi, Rv. 633679-01, ha ribadito che deve ritenersi valida la procura rilasciata in calce al ricorso per cassazione ancorché il mandato difensivo sia privo di data, poiché l'incorporazione dei due atti in un medesimo contesto documentale implica necessariamente il puntuale riferimento dell'uno all'altro come richiesto dall'art. 365 c.p.c. ai fini del soddisfacimento della specialità.

La Corte ha, inoltre, ribadito che la mancanza di data non produce nullità della procura, dovendo essere apprezzata con riguardo al foglio che la contiene, alla stregua di qualsiasi procura apposta in calce al ricorso, per cui la posteriorità del

rilascio della procura rispetto alla sentenza impugnata si desume dall'intima connessione con il ricorso cui accede e nel quale la sentenza è menzionata, mentre l'anteriorità rispetto alla notifica risulta dal contenuto della copia notificata del ricorso (**Sez. 5, n. 34259/2019, Nonno, Rv. 6565419-01**).

A proposito di tale ultimo requisito, **Sez. L, 16416/2019, Di Paolantonio, Rv. 16416/2019**, conformandosi alle considerazioni svolte da Sez. L, n. 5620/2006, Nobile, Rv. 588036-01, ha affermato che la procura alle liti, conferita dal lavoratore al difensore in vista dell'impugnazione del licenziamento, attribuisce al procuratore il potere di compiere tutte le attività, anche stragiudiziali, alle quali è condizionato il valido esercizio dell'azione, sicché ove la procura stessa venga rilasciata in data antecedente all'atto di impugnazione ex art. 6 della l. n. 604 del 1966, quest'ultimo, se sottoscritto dal solo difensore, spiega effetti nella sfera giuridica del rappresentato anche nell'ipotesi in cui al datore di lavoro non sia stato contestualmente comunicato in copia l'atto attributivo del potere di rappresentanza, dovendosi ritenere che l'anteriorità della procura rispetto all'atto di impugnazione escluda che si sia in presenza di attività compiuta da *falsus procurator* e renda dunque inapplicabile la disciplina della ratifica ex art. 1399 c.c.

Ancora, con riferimento alla specialità della procura, **Sez. 3, n. 28217/2019, Sestini, Rv. 655781-01**, ha precisato che il ricorso per cassazione sottoscritto dal difensore al quale sia stata rilasciata la procura speciale da un avvocato munito di procura generale alle liti è inammissibile dal momento che il procuratore generale alle liti non è abilitato a conferire, in nome del proprio rappresentato, né a sé stesso, né ad altri la procura ex art. 365 c.p.c.

Sull'estinzione dello *ius postulandi* che deriva dal conferimento del mandato alle liti si è espressa **Sez. 1, n. 9517/2019, Caiazza, Rv. 653243-01**, la quale, in continuità con Sez. L, n. 4648/2013, Marotta, Rv. 625692-01, ha ribadito il principio secondo il quale l'estinzione del soggetto rappresentato, ancorché non dichiarata in udienza, determina la perdita di legittimazione del difensore a compiere attività processuali, avvalendosi del mandato conferito dal soggetto soppresso, successivamente alla pronuncia della sentenza, non è applicabile alle pubbliche amministrazioni che sono difese *ex lege* dall'Avvocatura dello Stato, la quale ripete il proprio *ius postulandi* dalla legge e non da atto negoziale. Ne consegue che, essendo l'Avvocatura dello Stato sempre legittimata a compiere attività processuali anche per l'ente cessato, non possono considerarsi nulli né il ricorso per cassazione che indichi il soggetto cessato né la notifica del ricorso medesimo presso l'Avvocatura.

Quanto, infine, alle conseguenze dell'assenza dello *ius postulandi*, **Sez. 6-3, n. 14474/2019, Iannello, Rv. 653941-01**, rifacendosi a Sez. 3, n. 13055/2018, Frasca, Rv. 649105-01, ha ribadito che, nel caso di azione o di impugnazione promossa dal difensore senza effettivo conferimento della procura da parte del soggetto nel cui

nome egli dichiara di agire nel giudizio o nella fase di giudizio di che trattasi (come nel caso di inesistenza della procura *ad litem* o falsa o rilasciata da soggetto diverso da quello dichiaratamente rappresentato o per processi o fasi di processo diverse da quello per il quale l'atto è speso), l'attività del difensore non riverbera alcun effetto sulla parte e resta attività processuale di cui il legale assume esclusivamente la responsabilità e, conseguentemente, è ammissibile la sua condanna a pagare le spese del giudizio. Sulla scorta di tale principio, la Corte, nel dichiarare inammissibile il ricorso per cassazione, ha condannato al pagamento delle spese del giudizio di legittimità il difensore sfornito di procura, poiché rilasciata in modo generico a margine dell'atto di appello e non con scrittura privata autenticata o con atto notarile indicanti gli elementi essenziali del giudizio cui la procura si riferiva.

Anche le decisioni riguardanti gli effetti della rinuncia e della revoca della procura hanno palesato una tendenza a consolidare principi ormai acquisiti.

Dando seguito a Sez. 2, n. 11504/2016, Orilia, Rv. 640187-01, **Sez. L, n. 2677/2019, Cinque, Rv. 652569-01** ha, infatti, ribadito che, ai sensi dell'art. 85 c.p.c., la revoca della procura e la rinuncia al mandato non hanno effetto nei confronti dell'altra parte fino alla sostituzione del difensore.

Nella medesima prospettiva, **Sez. U, n. 2755/2019, Oricchio, Rv. 652570-01**, ha chiarito che i doveri di informazione e di comunicazione dell'avvocato nei confronti della persona già assistita persistono sia nell'ipotesi di rinuncia che di revoca del mandato, anche se il codice deontologico della professione forense disciplina solo la prima fattispecie, atteso che la revoca del mandato costituisce, al pari della rinuncia, una soluzione di continuità nell'assistenza tecnica e, pertanto, deve ritenersi fonte dei medesimi obblighi necessari al fine di non pregiudicare la difesa dell'assistito. In applicazione di tale principio, le Sezioni Unite hanno confermato la sanzione dell'ammonizione irrogata dal C.N.F. ad un avvocato che aveva ommesso di comunicare al cliente la propria rinuncia al mandato ed il rinvio di udienza, precludendogli una più opportuna difesa a mezzo di memoria istruttoria con eventuale nuovo difensore.

Sez. 5, n. 7233/2019, Di Marzio P., Rv. 653044-01 ha, infine, precisato che la sostituzione del difensore revocato non può desumersi dalla proposizione, ad opera della stessa parte, di un secondo ricorso per cassazione del tutto autonomo rispetto a quello precedente e dal quale neppure possa evincersi la volontà di sostituire il nuovo difensore al precedente.

Le pronunce riguardanti l'invalidità e la sanatoria della procura alle liti non hanno introdotto profili di novità, limitandosi a rafforzare principi ormai costantemente affermati.

Tra le più rilevanti, **Sez. 2, n. 8933/2019, Orilia, Rv. 653305-01-02**, dando seguito a Sez. 6-3, n. 26465/2011, De Stefano, Rv. 620618-01, ha ribadito che il

nuovo testo dell'art. 182, comma 2, c.p.c., introdotto dalla l. n. 69 del 2009, secondo cui il giudice, che rilevi la nullità della procura, assegna un termine per il rilascio della medesima procura o per la rinnovazione della stessa, non ha portata meramente interpretativa e non si applica, perciò, retroattivamente, atteso il tenore testuale fortemente innovativo della norma.

La medesima pronuncia ha, altresì, confermato che il principio secondo il quale gli atti posti in essere da soggetto privo, anche parzialmente, del potere di rappresentanza possono essere ratificati con efficacia retroattiva (salvi i diritti dei terzi) non opera nel campo processuale, ove la procura alle liti costituisce il presupposto della valida instaurazione del rapporto processuale e può essere conferita con effetti retroattivi solo nei limiti stabiliti dall'art. 125 c.p.c., il quale dispone che la procura al difensore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, purché anteriormente alla costituzione della parte rappresentata, e sempre che per l'atto di cui trattasi non sia richiesta dalla legge la procura speciale, restando conseguentemente esclusa, in questa ipotesi, la possibilità di sanatoria e ratifica (in applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la sentenza impugnata che, in un giudizio instaurato anteriormente all'entrata in vigore della riforma dell'art. 182 c.p.c., introdotta con la l. n. 69 del 2009, aveva ritenuto inammissibile, per difetto di interesse ad agire, la querela di falso proposta dagli appellati avverso la procura alle liti rilasciata dall'appellante, sul presupposto che, in secondo grado, detta procura fosse stata validamente rinnovata, con efficacia retroattiva, mediante conferimento di nuovo mandato).

In ultimo, merita di essere segnalata **Sez. 6-2, n. 8081/2019, Criscuolo, Rv. 653383-01**, la quale, in materia di elezione di domicilio prescritta dall'art. 82 del R.D. n. 37 del 1934 per il difensore che esercita la professione fuori del circondario del tribunale presso il quale è in corso il processo, ha precisato che tale elezione costituisce un atto distinto ed autonomo rispetto a quella della parte rappresentata, con la conseguenza che, ai fini della notificazione della sentenza per il decorso del termine breve per l'impugnazione e del correlato atto di gravame, occorre considerare il solo il domicilio indicato dal detto procuratore ai sensi della citata disposizione, mentre è irrilevante che a tale domicilio non si faccia riferimento nella procura alle liti o che in questa l'assistito avesse indicato la residenza od eletto domicilio.

5. Successione nel processo e successione nel diritto controverso.

Nella giurisprudenza dell'anno in rassegna, il fenomeno successorio, nel suo duplice aspetto di successione a titolo universale e di successione a titolo particolare nel processo, è stato oggetto di significativi interventi.

Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 111 c.p.c., **Sez. 5, n. 1992/2019, Chindemi, Rv. 652209-01** e **Sez. 6-5, n. 10547/2019, Dell'Orfano, Rv. 653729-02** hanno riaffermato l'importante principio, già espresso da **Sez. 5, n. 28741/2018, Stalla, Rv. 651604-01**, secondo il quale l'estinzione *ope legis* delle società del gruppo Equitalia ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 193 del 2016, conv. in l. 225 del 2016, non determina l'interruzione del processo, trattandosi di una forma di successione nel diritto controverso, né la necessità di costituzione in giudizio dell'Agenzia delle Entrate Riscossione: ne deriva che il nuovo ente, ove si limiti a subentrare negli effetti del rapporto processuale pendente al momento della sua istituzione, senza formale costituzione in giudizio, può validamente avvalersi dell'attività difensiva espletata dall'avvocato del libero foro già designato da Equitalia secondo la disciplina previgente.

Ed infatti, secondo il più recente orientamento di legittimità, l'estinzione *ope legis* delle società del c.d. "gruppo Equitalia" ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 193 del 2016, conv. con modificazioni dalla legge n. 225 del 2016, nonostante la previsione legislativa del subentro del nuovo ente "a titolo universale, nei rapporti giuridici attivi e passivi, anche processuali" del soggetto estinto (**Sez. 5, n. 15869/2018, Castorina, Rv. 649219-01; Sez. 5, n. 7318/2014, Terrusi, Rv. 630626-01**), non dà luogo a successione nel processo ai sensi dell'art. 110 c.p.c., ma a successione nei rapporti giuridici controversi ex art. 111 c.p.c., non determinando, di conseguenza, l'interruzione dei processi pendenti, né la necessità di costituzione in giudizio del nuovo ente Agenzia delle Entrate Riscossione. Tuttavia, come precisato da **Sez. 5, n. 33639/2018, Fichera, Rv. 651915-01**, quando il nuovo ente decida autonomamente di costituirsi nel giudizio di Cassazione, con il patrocinio di un avvocato del libero foro, sussiste per esso l'onere, pena la nullità del mandato difensivo e dell'atto di costituzione su di esso basato, di indicare ed allegare le fonti del potere di rappresentanza ed assistenza di quest'ultimo, in alternativa al patrocinio per regola generale esercitato, salvo il caso di un conflitto di interessi, dall'avvocatura dello Stato.

Occorre, tuttavia, evidenziare che, in senso contrario, si è recentemente espressa **Sez. U, n. 30008/2019, De Stefano Rv. 656068-01**, precisando, nelle forme dell'art. 363 c.p.c., che, ai fini della rappresentanza e difesa in giudizio, l'Agenzia delle Entrate Riscossione, impregiudicata la generale facoltà di avvalersi anche di propri dipendenti delegati davanti al tribunale ed al giudice di pace, si avvale: a) dell'Avvocatura dello Stato nei casi previsti come ad essa riservati dalla Convenzione con questa intervenuta (fatte salve le ipotesi di conflitto e, ai sensi dell'art. 43, comma 4, r.d. n. 1933 del 1933, di apposita motivata delibera da adottare in casi speciali e da sottoporre all'organo di vigilanza), oppure, ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici; b) di avvocati del

libero foro, senza bisogno di formalità, né della delibera prevista dall'art. 43, comma 4, r.d. cit. - nel rispetto degli articoli 4 e 17 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dei criteri di cui agli atti di carattere generale adottati ai sensi dell'art. 1, comma 5 del d.l. 193 del 2016, conv. in l. n. 225 del 2016 - in tutti gli altri casi e in quelli in cui, pure riservati convenzionalmente all'Avvocatura erariale, questa non sia disponibile ad assumere il patrocinio. Quando la scelta tra il patrocinio dell'Avvocatura erariale e quello di un avvocato del libero foro discende dalla riconduzione della fattispecie alle ipotesi previste dalla Convenzione tra l'Agenzia e l'Avvocatura dello Stato o di indisponibilità di questa ad assumere il patrocinio, la costituzione dell'Agenzia a mezzo dell'una o dell'altro postula necessariamente ed implicitamente la sussistenza del relativo presupposto di legge, senza bisogno di allegazione e di prova al riguardo, nemmeno nel giudizio di legittimità.

Ad avviso di **Sez. 5, n. 5556/2019, Saija, Rv. 652787-01**, rientra nella fattispecie di cui all'art. 111 c.p.c. anche il trasferimento alle agenzie fiscali dei rapporti giuridici, dei poteri e delle competenze, in precedenza facenti capo al Ministero delle finanze, ai sensi dell'art. 57, comma 1, del d.lgs. n. 300/1999. Dando seguito alle riflessioni presenti in Sez. U, n. 3116/2006, Altieri, Rv. 587608-01, tale pronuncia è giunta alla conclusione per la quale il Ministero non è più legittimato a proporre ricorso per cassazione nei processi pendenti, riguardanti i servizi attribuiti all'Agenzia delle Dogane, perché, a partire dal 1° gennaio 2001, giorno in cui hanno iniziato ad operare le agenzie fiscali, la legittimazione ad impugnare spetta unicamente a tale Agenzia.

Ancora, secondo **Sez. 6-2, n. 13192/2019, Oricchio, Rv. 653851-01**, dà luogo a successione a titolo particolare nei rapporti controversi la scissione societaria, con la conseguenza che la società sorta dalla scissione subentra nel preesistente rapporto contrattuale facente capo alla scissa e la clausola arbitrale in origine pattuita rimane efficace.

Occorre, infine, dare conto di **Sez. U, n. 21690/2019, Scrima, Rv. 655035-01**, la quale ha affermato che per effetto della l.r. Calabria n. 34 del 2002 e della delibera della Giunta regionale dell'11 novembre 2005, alla data del 1° gennaio 2006 era stato trasferito alla Provincia di Catanzaro l'effettivo esercizio delle funzioni di gestione, cura e manutenzione dei corsi d'acqua insistenti sul territorio della Provincia medesima, con conseguente legittimazione passiva di questo ente territoriale in relazione alle domande di risarcimento del danno per fatti verificatisi successivamente; pertanto, a seguito della riassunzione delle predette funzioni da parte della Regione e del subentro di quest'ultima nei rapporti attivi e passivi in corso, ai sensi degli artt. 1 della l.r. Calabria n. 14 del 2015 e 1 della l. n. 56 del 2014, si è determinato, in relazione ai processi pendenti, un fenomeno successorio regolato dall'art. 111 c.p.c., nel quale al trasferimento del rapporto controverso non

si è accompagnata l'estinzione per qualsiasi causa dell'ente trasferente, cui dunque deve riconoscersi la conservazione della qualità di parte e la titolarità dell'interesse alla proposizione dei mezzi di impugnazione, salva la possibilità di intervento volontario o la chiamata in causa dell'ente subentrante.

6. L'interesse ad agire.

Le numerose pronunce che nell'annualità in rassegna hanno esaminato questioni inerenti all'interesse ad agire palesano un'univoca tendenza a valorizzare, in ossequio al principio di economia processuale, l'effettivo bisogno di protezione di un interesse sostanziale quale condizione indefettibile della tutela giurisdizionale.

In questa prospettiva varie decisioni si sono soffermate a chiarire le implicazioni applicative dei requisiti della concretezza e dell'attualità che devono necessariamente caratterizzare tale condizione dell'azione, sul condiviso presupposto che l'interesse ad agire può ritenersi sussistente quando la parte, attraverso l'azione giurisdizionale, possa conseguire un risultato giuridicamente rilevante e non altrimenti ottenibile se non mediante il processo (Sez. I, n. 18819/2018, Amendola F., Rv. 649879-01), così che la concretezza dell'interesse ad agire è misurata dall'idoneità del provvedimento richiesto a soddisfare l'interesse sostanziale protetto.

Non può, pertanto, darsi ingresso alla tutela giurisdizionale quando dall'accoglimento della domanda non possa conseguire alcun vantaggio obiettivo per la parte ovvero alcuna modificazione giuridicamente rilevante.

In perfetta coerenza con tale approccio ermeneutico, sviluppando riflessioni già presenti in Sez. I, n. 6749/2012, Manna A., Rv. 622515-01, **Sez. 2, n. 2057/2019, Oliva, Rv. 652254-01**, ha chiarito che, affinché l'interesse ad agire possa ritenersi concreto e attuale, deve sussistere non solo una situazione giuridica, ma anche la prospettazione della parte dell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non ottenibile senza l'intervento del giudice, posto che il processo non può essere utilizzato solo in previsione di possibili effetti futuri pregiudizievoli per l'attore, senza che siano ammissibili questioni di sola interpretazione di norme, se non in via incidentale e strumentale alla pronuncia sulla domanda principale di tutela del diritto e alla prospettazione del risultato utile e concreto che la parte in tal modo intende perseguire (in termini non dissimili si sono, inoltre, espresse **Sez. 6-2, n. 2489/2019, Criscuolo, Rv. 652507-01; Sez. 6-L, n. 6723/2019, Ghinoy, Rv. 653174-01; Sez. 3, n. 3967/2019, D'Arrigo, Rv. 652822-01; Sez. 1, n. 17117/2019, Nazzicone, Rv. 654282-01; Sez. 6-3, n. 29804/2019, D'Arrigo, Rv. 656175-01**).

La concreta declinazione di tale principio ha dato luogo ad un'ampia casistica.

In materia di rapporto di lavoro, deve essere segnalata **Sez. L, n. 8386/2019, Blasutto, Rv. 653209-01**, secondo la quale in tema di estinzione del rapporto del socio lavoratore di cooperativa, ove per le medesime ragioni afferenti al rapporto lavorativo siano stati contestualmente emanati la delibera di esclusione ed il licenziamento, l'omessa impugnativa della delibera di esclusione non fa venire meno l'interesse del lavoratore ad impugnare il licenziamento, atteso che l'effetto estintivo del rapporto di lavoro derivante dall'esclusione dalla cooperativa, preclusivo della tutela restitutoria, non elide, di per sé, l'illegittimità del licenziamento, a cui si può porre rimedio con la tutela risarcitoria.

Ancora, **Sez. L, n. 26966/2019, Di Paolantonio, Rv. 655517-01**, ha affermato che nel pubblico impiego contrattualizzato, nel caso di procedure selettive (nella specie, conferimento di posizione organizzativa) la condizione richiesta dall'art. 100 c.p.c. è ravvisabile rispetto all'azione di esatto adempimento ogniqualvolta si assuma che il datore abbia omesso il rispetto delle regole procedurali o si sia discostato dai criteri valutativi e richiede esclusivamente l'allegazione da parte del lavoratore di avere partecipato alla selezione o di essere stato ingiustamente escluso dalla stessa.

In tema di riscossione previdenziale merita menzione **Sez. L, n. 29294/2019, Calafiore, Rv- 655707-01**, la quale ha chiarito che l'impugnazione dell'estratto del ruolo è ammissibile ove il contribuente deduca la mancata o invalida notifica della cartella, in funzione recuperatoria della tutela prevista dall'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, ovvero intenda far valere eventi estintivi del credito maturati successivamente alla notifica della cartella, in tal caso prospettando - sul piano dell'interesse ad agire - uno stato oggettivo di incertezza sull'esistenza del diritto (anche non preesistente al processo), non superabile se non con l'intervento del giudice (nella specie, l'interesse ad agire è stato ravvisato nella contestazione da parte dell'ente previdenziale dell'avvenuta prescrizione del credito in epoca successiva alla notifica della cartella)

In materia elettorale, interessanti spunti si traggono da **Sez. 1, n. 21233/2019, Lamorgese, Rv. 655327-01**, secondo la quale, qualora l'impugnazione dei risultati delle elezioni per la nomina di un organo rappresentativo di un ordine professionale (nella specie, il Consiglio dell'ordine dei dottori commercialisti) non riguardi gli aspetti generali delle operazioni elettorali, l'interesse ad agire deve essere valutato alla luce della c.d. "prova di resistenza", secondo cui non si può pronunciare l'annullamento di voti in contestazione ove l'eventuale illegittimità degli stessi non sia suscettibile di influire sui risultati finali della consultazione.

Un altro settore in cui il principio di concretezza ed attualità dell'interesse ad agire ha ottenuto interessanti applicazioni è quello del processo esecutivo, in relazione al quale la Corte ha precisato che ove sussista un interesse ex art. 100 c.p.c. il creditore che sia già munito di un titolo esecutivo può procurarsene un secondo

(**Sez. 3, n. 21768/2019, Rossetti, Rv. 655030-01**), che, ai fini della valutazione dell'interesse ad agire mediante l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. proposta avverso l'estratto del ruolo contributivo e avente ad oggetto l'accertamento negativo del credito, assume rilevanza l'eventuale iscrizione ipotecaria intervenuta nelle more del giudizio (**Sez. 6-L n. 22925/2019, Leone, Rv. 654864-01**) e che l'estratto di ruolo è atto interno all'Amministrazione da impugnare unitamente all'atto impositivo, notificato di regola con la cartella di pagamento, perché solo da quel momento sorge l'interesse ad instaurare la lite ex art. 100 c.p.c., salvo il caso in cui il ruolo e la cartella non siano stati notificati: ipotesi in cui, non potendo essere compresso o ritardato l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale, è invece ammissibile, nel rispetto del termine generale previsto dall'art. 21 del d.lgs. n. 546 del 1992, l'autonoma impugnativa dell'estratto, non ostandovi il disposto dell'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 546 cit. che, secondo una lettura costituzionalmente orientata, impone di ritenere che l'impugnabilità dell'atto precedente non notificato unitamente all'atto successivo notificato non costituisce l'unica possibilità di far valere la mancanza di una valida notifica dell'atto precedente del quale il contribuente sia comunque venuto a conoscenza (**Sez. 6-5, n. 22507/2019, Luciotti, Rv. 655083-01**).

L'interesse ad agire deve sussistere al momento della decisione, con la conseguenza che, ove esso venga meno nel corso del giudizio, questo deve essere definito con la pronuncia di cessazione della materia del contendere.

Tale fattispecie è stata esaminata sotto diversi profili da un nutrito numero di pronunce le quali, oltre a rafforzare principi già acquisiti, hanno enucleato nuove problematiche, soprattutto con riferimento alla natura e all'efficacia della declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse ad agire.

A tale ultimo riguardo, rilievo sistematico deve essere riconosciuto a **Sez. 5, n. 33486/2019, Fuochi Tinarelli, Rv. 652261-01**, la quale ha chiarito che nel processo tributario la pronuncia di cessazione della materia del contendere non è idonea a produrre tra le parti gli effetti del giudicato sostanziale.

Ha, invece, escluso che tale declaratoria abbia carattere meramente processuale **Sez. 5, n. 58/2019, Botta, Rv. 652036-01**, la quale su tale presupposto ha affermato che nel processo tributario la pronuncia di cessazione della materia del contendere per intervenuto condono spiega efficacia anche nei confronti dei coeredi rimasti estranei al giudizio in quanto non ha carattere meramente processuale, ma valore sostanziale di accertamento dell'avvenuta definizione dell'originaria pretesa tributaria.

Interessanti spunti ricostruttivi in merito ai rapporti tra la rinuncia all'azione e la declaratoria di cessazione della materia del contendere si traggono anche da **Sez. 2, n. 19845/2019, Oliva, Rv. 654975-01**, la quale ha precisato che la rinuncia

all'azione non richiede formule sacramentali, può essere anche tacita e va riconosciuta quando vi sia incompatibilità assoluta tra il comportamento dell'attore e la volontà di proseguire nella domanda proposta. Essa presuppone il riconoscimento dell'infondatezza dell'azione, accompagnato dalla dichiarazione di non voler insistere nella medesima. Solo a queste condizioni la rinuncia all'azione determina, indipendentemente dall'accettazione della controparte, l'estinzione dell'azione e la cessazione della materia del contendere. Deve, viceversa, essere dichiarata, anche d'ufficio, cessata la materia del contendere in ogni caso in cui risulti acquisito agli atti del giudizio che non sussiste più contestazione tra le parti sul diritto sostanziale dedotto e che conseguentemente non vi è più la necessità di affermare la volontà della legge nel caso concreto. In applicazione di tali principi, la Corte ha ritenuto che la richiesta di declaratoria della cessazione della materia del contendere, sul presupposto di un *factum principis* sopravvenuto, non poteva comunque essere ritenuta equivalente alla rinuncia all'azione, in difetto di un'esplicita dichiarazione di ambo le parti attestante la loro intenzione di soprassedere all'accertamento giudiziale del diritto controverso.

Varie sono state le situazioni in cui la giurisprudenza ha ritenuto configurabili i presupposti per la declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse.

Tra le più significative, vanno segnalate **Sez. 1, n. 15713/2019, Di Marzio M., Rv. 654423-01**, che ha ritenuto che il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore si estingue per intervenuta cessazione della materia del contendere con il raggiungimento della maggiore età; **Sez. 6-1, n. 23019/2019, Micolino, Rv. 655417-01**, per la quale il conseguimento della maggiore età da parte del minore determina automaticamente la cessazione della responsabilità genitoriale, determinando, ancorché avvenga nel corso del procedimento per la dichiarazione di decadenza dalla stessa, la cessazione della materia del contendere e la caducazione dei provvedimenti in precedenza pronunciati, posto che ad assumere rilievo è la sola tutela del minore dai comportamenti pregiudizievoli dei genitori e non anche l'interesse del genitore all'accertamento negativo dei fatti allegati a sostegno della domanda; **Sez. U, n. 16980/2019, Scrima, Rv. 654369-01**, secondo la quale la cessazione dell'appartenenza del magistrato all'ordine giudiziario intervenuta nelle more della definizione del ricorso per cassazione, e quindi prima del passaggio in giudicato della sentenza disciplinare di condanna, comporta la declaratoria di cessazione della materia del contendere, ma non anche la cassazione senza rinvio della sentenza ai sensi dell'art. 382, comma 3 c.p.c. in quanto tale formula si riferisce alla constatazione della impossibilità di proseguire il processo prima della pronuncia impugnata, così risolvendosi in un vizio di essa; **Sez. 5, n. 18125/2019, Succio, Rv. 654511-01**, secondo la quale nel procedimento civile, per effetto della cessazione della materia del contendere a seguito di omologa del

concordato fallimentare deve disporsi la cassazione senza rinvio della sentenza in quanto in tal caso la composizione della controversia consegue, non al venir meno delle ragioni di contrasto, ma alla verifica giudiziale delle condizioni di legge per l'omologazione ed in quanto l'assuntore, quale esecutore del concordato fallimentare, rimane terzo rispetto all'accordo e alla lite pendente, ovvero, anche ove succeda a titolo particolare nei diritti controversi, non può intervenire nel giudizio di legittimità, con la conseguenza che la sentenza emessa è inidonea a regolare i rapporti tra le parti; **Sez. 2, n. 2991/2019, Carrato, Rv. 652437-01**, per la quale la reintegrazione o la cessazione della turbativa, anche se intervenute per iniziativa spontanea del soggetto attivo prima che il giudice gliene abbia fatto ordine ai sensi dell'art. 703 c.p.c., non eliminano l'interesse del soggetto passivo ad ottenere una sentenza che, benché, non possa contenere quell'ordine, ormai inutile, esamini la fondatezza nel merito dell'azione possessoria sia ai fini del necessario regolamento delle spese, sia per la valutazione dell'eventuale ed accessoria domanda risarcitoria, dovendosi considerare, altresì, che una pronuncia di cessazione deve implicare, oltre all'esecuzione spontanea della rimessione in pristino, deve implicare pure il riconoscimento da parte del convenuto della illegittimità del suo operato; **Sez. 5, n. 15471/2019, Vecchio, Rv. 654397-01**, la quale ha precisato che l'annullamento ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 119 del 2018, conv., con modif. in l. n. 136 del 2018, dei debiti tributari inferiori ai mille euro, la cui riscossione sia stata affidata agli agenti di riscossione nel periodo compreso tra il 1° gennaio 2000 e il 31 dicembre 2010, opera automaticamente *ipso iure* in presenza dei presupposti di legge e, con riferimento ai debiti litigiosi, determina l'estinzione del processo per cessata materia del contendere, senza che assuma rilievo la mancata adozione del provvedimento di sgravio, trattandosi di atto dovuto meramente dichiarativo, previsto solo per consentire i necessari adempimenti tecnici e contabili nell'ambito dei rapporti tra agenti di riscossione ed enti impositori.; **Sez. 6-5, n. 18976/2019, Castorina, Rv. 654967-01**, secondo la quale nel processo tributario l'integrale sgravio del ruolo dopo la sentenza di primo non comporta acquiescenza alla sentenza di primo grado favorevole al contribuente, preclusiva, quindi, dell'impugnazione, trattandosi di un comportamento che può essere fondato anche sulla mera volontà di evitare le eventuali ulteriori spese di precetto e dei successivi atti di esecuzione, senza che assuma rilievo l'esistenza o meno di atti prodromici all'atto impugnato né che tale condotta evidenzi la cessazione della materia del contendere.

Deve, infine, darsi conto della divergenza emersa tra le decisioni più recenti in merito all'incidenza della sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo sull'interesse ad agire in opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c.

Secondo **Sez. 3, n. 21240/2019, Oricchio, Rv. 655202-01**, in sede di opposizione all'esecuzione con cui si contesta il diritto di procedere all'esecuzione forzata perché il credito di chi la minaccia o la inizia non è assistito da titolo esecutivo, l'accertamento dell'idoneità del titolo a legittimare l'azione esecutiva si pone come preliminare dal punto di vista logico per la decisione sui motivi di opposizione, anche se questi non investano direttamente la questione. Pertanto, dichiarata cessata la materia del contendere per effetto del preliminare rilievo dell'avvenuta caducazione del titolo esecutivo nelle more del giudizio di opposizione, per qualunque motivo sia stata proposta, l'opposizione deve ritenersi fondata, e in tale situazione il giudice dell'opposizione non può, in violazione del principio di soccombenza, condannare l'opponente al pagamento delle spese processuali, sulla base della disamina dei motivi proposti, risultando detti motivi assorbiti dal rilievo dell'avvenuta caducazione del titolo con conseguente illegittimità *ex tunc* dell'esecuzione.

Tale principio, che sviluppa considerazioni presenti in Sez. 3, n. 28/1970, Auriti, Rv. 344647-01, in Sez. 3, n. 1245/1973, Ferrero, Rv. 363813-01, in Sez. 3, n. 3977/2012, Ambrosio, Rv. 621627-01 e in Sez. 6-3, n. 20868/2017, Barreca, Rv. 645366-02, si pone, invece, in discontinuità rispetto alle statuizioni contenute in Sez. 3, n. 30857/2018, Rubino, Rv. 652283-01 e in Sez. 3, n. 31955/2018, Porreca, Rv. 652284-02, secondo le quali in sede di opposizione all'esecuzione, la sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo, in conformità del generale principio della domanda, non determina *ex se* la fondatezza dell'opposizione e il suo accoglimento, bensì la cessazione della materia del contendere per difetto di interesse, sicché, nel regolare le spese dell'intero giudizio, il giudice dell'opposizione non può porle senz'altro a favore dell'opponente, ma deve utilizzare il criterio della soccombenza virtuale, secondo il principio di causalità, considerando, a tal fine, l'intera vicenda processuale.

7. La legittimazione ad agire.

Anche nell'anno in rassegna la Corte di Cassazione è intervenuta su rilevanti aspetti della legittimazione ad agire e a contraddire - quale titolarità del potere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale così come prospettato dalla parte – in relazione a diverse fattispecie.

Sono stati, innanzitutto, ribaditi i principi della rilevabilità d'ufficio, senza preclusioni, del difetto di legittimazione attiva e passiva (**Sez. 2, n. 5611/2019, Scarpa, Rv. 652768-01**) e dell'inidoneità della decisione della causa nel merito a comportare la formazione del giudicato implicito, pur nel caso in cui abbia costituito

la premessa logica della statuizione di merito (**Sez. U, n. 7925/2019, Campanile, Rv. 653277-01**).

Significativi spunti ricostruttivi si traggono da **Sez. 2, n. 21448/2019, Grasso, Rv. 654895-01**, la quale ha chiarito che la parte deve rendere nota e palese la propria legittimazione con l'atto di citazione e, specularmente, con l'atto di costituzione, i quali, cristallizzando la posizione processuale, costituiscono l'unica fonte sulla quale la controparte deve fare affidamento e in relazione alla quale calibra le proprie difese, sicché, ove sorga ragione per interpretare una pluralità di ruoli (nella specie persona fisica rivestente anche il ruolo di legale rappresentante di una associazione), è in detti casi che la parte deve indicare quale dei ruoli intende spendere (e, se del caso, tutti), non potendosi integrare tali indicazioni attraverso il ricorso ad elementi estrinseci, quali la nota di iscrizione a ruolo e la procura.

A proposito di legittimazione collettiva, sicuro rilievo sistematico deve essere riconosciuto a **Sez. U, n. 10934/2019, D'Ascola, Rv. 653787-01**, secondo la quale nelle controversie condominiali che investono i diritti dei singoli condomini sulle parti comuni, ciascun condomino ha, in considerazione della natura dei diritti contesi, un autonomo potere individuale - concorrente, in mancanza di personalità giuridica del condominio, con quello dell'amministratore - di agire e resistere a tutela dei suoi diritti di comproprietario *pro quota*, sicché è ammissibile il ricorso incidentale tardivo del condomino che, pur non avendo svolto difese nei precedenti gradi di merito, intenda evitare gli effetti sfavorevoli della sentenza pronunciata nei confronti del condominio senza risentire dell'analoga difesa già svolta dallo stesso; e a **Sez. 2, n. 15931/2019, Tedesco, Rv. 654085-01**, la quale, dando seguito ad un principio consolidato (per il quale si veda Sez. 2, n. 333/2011, Migliucci, Rv. 615693-01), ha ribadito che la legittimazione ad agire o a resistere in giudizio a tutela di una servitù di uso pubblico, la quale è caratterizzata dall'utilizzazione, da parte di una collettività indeterminata di persone, di un bene idoneo al soddisfacimento di un interesse collettivo, spetta non soltanto all'ente territoriale - normalmente il Comune - che rappresenta la collettività, ma anche a ciascun cittadino appartenente alla collettività *uti singulus*.

Per quanto concerne specificamente la materia societaria, va data evidenza a **Sez. 5, n. 15637/2019, Fuochi Tinarelli, Rv. 654156-01**, la quale, dando continuità ad un principio recentemente espresso dalla Corte (Sez. 1, n. 17492/2018, Fraulini, Rv. 649892-01), ha ribadito che, in tema di legittimazione ad agire degli ex soci di società di capitali estinta, per i rapporti facenti capo a questa ed ancora pendenti dopo la cancellazione dal registro delle imprese si determina un fenomeno successorio rispetto al quale occorre distinguere: se l'ex socio agisce per un debito della società estinta, non definito in sede di liquidazione, la successione interessa tutti i soci esistenti al momento della cancellazione, posto che essi succedono nei

rapporti debitori già facenti capo alla società, sicché sussiste un litisconsorzio di natura processuale e tutti i soci debbono essere chiamati in giudizio, ciascuno quale successore della società e nei limiti della propria quota di partecipazione; se invece l'ex socio agisce per un credito della società estinta, pur rimanendo immutato il meccanismo successorio, la mancata liquidazione comporta soltanto che si instaurerà tra i soci medesimi un regime di contitolarità o comunione indivisa, onde anche la relativa gestione ne seguirà il regime proprio, con esclusione del litisconsorzio. In applicazione del principio la Corte ha accolto, nel merito, l'originario ricorso del contribuente che, quale ex socio, aveva agito per il rimborso del credito IVA, non iscritto nel bilancio finale di liquidazione.

Peculiare è, infine, la fattispecie sulla quale ha deciso **Sez. 2, n. 22090/2019, Carrato, Rv. 654919-01**, la quale ha escluso che il Consiglio Nazionale degli ingegneri abbia legittimazione passiva nel giudizio di legittimità avverso i provvedimenti dallo stesso assunti in materia elettorale (siccome non portatore di alcun interesse ad agire o resistere in giudizio), attesa la sua natura di organo giurisdizionale speciale (terzo ed imparziale) deputato proprio a pronunciare sui reclami in tema di procedimenti elettorali e dei relativi risultati dei singoli Consigli degli Ordini.

8. I termini.

Le pronunce del 2019 palesano la tendenza, ormai costante ed univoca nella giurisprudenza di legittimità, all'interpretazione restrittiva della nozione di causa non imputabile costituente il presupposto di operatività dell'istituto della rimessione in termini.

Tale approccio ermeneutico si coglie, innanzitutto, nelle decisioni in tema di errore scusabile, sul quale sono intervenute anche le Sezioni Unite (**n. 4135/2019, Lamorgese, Rv. 652852-01-02-03**), enunciando il principio secondo il quale la rimessione in termini per causa non imputabile, in entrambe le formulazioni che si sono succedute (artt. 184 bis e 153 c.p.c.), ossia per errore cagionato da fatto impeditivo estraneo alla volontà della parte, che presenti i caratteri dell'assolutezza e non della mera difficoltà e si ponga in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza, non è invocabile in caso di errori di diritto nell'interpretazione della legge processuale, pur se determinati da difficoltà interpretative di norme nuove o di complessa decifrazione, in quanto imputabili a scelte difensive rivelatesi sbagliate (principio affermato in relazione ad un'ipotesi in cui il difensore aveva rinunciato ad impugnare il lodo per errori di diritto, ritenendo tale possibilità esclusa dalla lettera dell'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006 anche in riferimento a convezione arbitrale risalente, come nella specie, a data anteriore

all'entrata in vigore della norma, interpretazione smentita dalla Suprema Corte solo successivamente all'impugnazione del lodo medesimo).

Risolvendo una questione di massima di particolare importanza, le Sezioni Unite hanno, così, precisato che l'errore derivante dalla scelta processuale del difensore non integra la causa non imputabile di cui all'art. 153, comma 2, c.p.c. (ovvero dell'antecedente art. 184-bis c.p.c.), neanche nel caso in cui sia generato dalla complessità dell'interpretazione della disposizione normativa, risolvendosi, al contrario, in un errore di diritto il quale, di norma, non giustifica la rimessione in termini per evitare o superare la decadenza derivante dall'inosservanza di un termine processuale o per giustificare impugnazioni tardive (Sez. 5, n. 5946/2017, Esposito, Rv. 643241-01; Sez. 5, n. 8151/2015, Olivieri, Rv. 635306-01; Sez. 6-3, n. 21674/2017, De Stefano, Rv. 645712-01).

La sentenza n. 4135 del 2019 ha, inoltre, escluso la configurabilità di un affidamento incolpevole rispetto alla lettera della norma, evidenziando che l'interpretazione giudiziale, pur costituendo uno strumento percettivo e recettivo e non correttivo o sostitutivo della *voluntas legis*, consente alla disposizione legislativa di divenire norma e di assumere il significato che l'interprete le attribuisce tra i diversi e plausibili sensi ritraibili dal testo secondo le variabili dello spazio e del tempo. Ne consegue che l'attività ermeneutica non può essere condotta alla stregua del modello sillogistico-deduttivo, posto che tale metodo postula l'univocità e l'unicità del prodotto dell'interpretazione giuridica, laddove la norma non è il presupposto o l'oggetto, ma il risultato dell'operazione ermeneutica, la quale si avvale di tecniche argomentative e persuasive ispirate al principio di ragionevolezza. Pertanto, la complessità del processo ermeneutico esclude *ex se* la configurabilità di un affidamento sul senso letterale della disposizione e sulla possibilità di trarre da essa un unico significato. L'attività ermeneutica nei termini appena chiariti spetta, innanzitutto, all'avvocato, il quale è tenuto ad adempiere alle obbligazioni nascenti dal mandato con la diligenza necessaria in relazione alla natura e all'importanza dell'attività professionale ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., non essendo, secondo le Sezioni Unite, un mero consulente legale con il compito di pronosticare l'esito della lite e di informare il cliente, ma avendo l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli nell'interesse del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, “di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti e anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale, ecc.”.

Le Sezioni Unite hanno, altresì, precisato che il difensore è tenuto ad osservare il fondamentale dovere di precauzione, ovvero ad adottare la condotta più idonea a

salvaguardare gli interessi del cliente. Ne consegue che nella pluralità dei significati plausibili inclusi nel potenziale semantico del testo legislativo, l'avvocato "deve scegliere quello più rigoroso, ovvero il senso che ponga la parte assistita quanto più possibile al riparo da decadenze e preclusioni". Tale situazione ricorre, secondo le Sezioni Unite, ove sussista "un pur larvato dibattito dottrinale" (Sez. U, n. 17402/2012, Petitti, Rv. 623574-01), come quello che, nel caso di specie, era emerso dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006, in merito alla possibilità o meno di applicare la riforma anche alle convenzioni arbitrali stipulate anteriormente.

Sulla stessa linea, **Sez. 2, n. 6918/2019, Scarpa, Rv. 652940-01**, ha evidenziato che l'intervento regolatore delle Sezioni Unite, derivante da un preesistente contrasto di orientamenti di legittimità in ordine alle norme regolatrici del processo, induce a escludere che possa essere ravvisato un errore scusabile, ai fini dell'esercizio del diritto alla rimessione in termini in capo alla parte che abbia confidato sull'orientamento che non è prevalso. Nella specie, la Seconda Sezione civile ha ritenuto non spettante la rimessione in termini alla parte che, confidando in uno dei contrastanti orientamenti giurisprudenziali di legittimità, in ordine allo strumento processuale utilizzabile per contrastare l'autenticità di un testamento olografo - poi superato da Cass., S.U., n. 12307 del 2015 -, si era limitata a disconoscere la conformità della copia prodotta all'originale.

Ha, invece, riconosciuto rilevanza all'errore scusabile quale presupposto per la rimessione in termini, **Sez. 1, n. 18860/2019, Sambito, Rv. 654665-01**, secondo la quale alla luce dei principi costituzionali di tutela delle garanzie difensive e del giusto processo, e stante la generale previsione di cui all'art. 153, comma 2, c.p.c., non va dichiarato inammissibile, perché tardivo, il ricorso avverso il provvedimento di rigetto della domanda di protezione internazionale per manifesta infondatezza adottato dalla commissione territoriale, la quale abbia omesso di indicare, tra i casi nei quali il termine di impugnazione ordinario di giorni trenta è dimezzato, anche quello dell'impugnazione del detto rigetto, dovendosi riconoscere la scusabilità dell'errore in cui è incorso il destinatario del provvedimento.

Più in generale, con riferimento al presupposto della rimessione in termini rappresentato dalla causa non imputabile, le Sezioni Unite con la sentenza **n. 487/2019, Mercolino, Rv. 652241-01**, hanno ribadito che, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, tale requisito non può ritenersi integrato in caso di cessazione di fatto dell'attività professionale del difensore, seppure imputabile a gravi ragioni di salute, atteso che tale circostanza non si traduce per l'interessato nell'impossibilità di acquisire conoscenza della sentenza regolarmente notificata al procuratore, della quale può avere notizia dai collaboratori dello studio professionale.

Ancora, a proposito della rilevanza della malattia del difensore, **Sez. 6-5, n. 21304/2019, Dell'Orfano, Rv. 654832-01**, ha ribadito che l'istituto della rimessione in termini richiede la dimostrazione che la decadenza sia stata determinata da una causa non imputabile alla parte o al suo difensore, perché cagionata da un fattore estraneo alla volontà degli stessi, tale potendosi considerare anche lo stato di malattia del difensore costituito da un malessere improvviso che determini un totale impedimento a svolgere l'attività professionale (fattispecie in tema di definizione agevolata in cui la S.C. ha accolto l'istanza di sospensione del processo tributario ex art. 6 del d.l. n. 119 del 2018 proposta due giorni oltre il termine di legge dal difensore colpito, nella notte anteriore alla scadenza, da un malore grave, improvviso ed imprevedibile che aveva reso impossibile il deposito tempestivo).

Sulla stessa linea, **Sez. 5, n. 20591/2019, Cataldi, Rv. 654958-01**, ha ritenuto che in tema di ricorso per cassazione, ove sia dedotta esclusivamente la mancata comunicazione al contribuente del dispositivo della sentenza della commissione tributaria regionale, omettendo i motivi per i quali se ne chiede la cassazione, non è ammessa la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 153, comma 2, c.p.c., in quanto tale provvedimento è strumentale al valido e tempestivo compimento dell'atto processuale dal quale la parte istante sia decaduta per causa ad essa non imputabile, sicché non può essere concesso in favore del ricorrente che, dopo essere venuto comunque a conoscenza della sentenza di secondo grado, proponga un ricorso per cassazione privo degli indispensabili requisiti minimi richiesti dal modello legale, ossia i motivi per i quali si chiede l'annullamento della decisione impugnata.

Ancora, deve essere segnalata **Sez. 5, n. 8641/2019, D'Orazio, Rv. 653531-01**, secondo la quale, ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione la prova dell'avvenuto perfezionamento della notificazione a mezzo posta dello stesso deve essere data tramite la produzione dell'avviso di ricevimento entro l'udienza di discussione, che non può essere rinviata per consentire all'impugnante di effettuare tale deposito, in contraddizione con il principio di ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111 Cost., ferma la possibilità per il ricorrente di chiedere ed ottenere la rimessione in termini, offrendo la prova documentale di essersi tempestivamente attivato nel richiedere, a norma dell'art. 6, comma 1, della l. n. 890 del 1982, un duplicato dell'avviso stesso. In applicazione di tale principio la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto, in quanto il ricorrente aveva richiesto all'amministrazione postale il rilascio del duplicato della ricevuta di ritorno solo dopo sei anni dalla data di spedizione dell'atto, senza verificare in precedenza la sorte del plico postale).

In ultimo, **Sez. 2, n. 24180/2019, Cosentino, Rv. 655433-01**, ha evidenziato che, in tema di opposizione notificata a mezzo PEC ex art. 5-ter della l. n. 89 del 2001, ove l'iscrizione a ruolo sia stata effettuata non oltre il secondo giorno

lavorativo antecedente a quello di scadenza del termine, la ricezione della comunicazione di mancata accettazione del ricorso quattro giorni dopo il deposito telematico rende ammissibile l'istanza di rimessione in termini, poiché le istruzioni impartite agli uffici giudiziari dal Ministero della giustizia con circolare del 23 ottobre 2015 - ove è ritenuto consigliabile che l'accettazione del deposito di atti e documenti provenienti dai soggetti abilitati all'invio telematico sia eseguita entro il giorno successivo a quello di ricezione da parte dei sistemi del dominio giustizia - sono oggettivamente idonee, per la fonte da cui promanano e per la pubblicità cui sono assoggettate, ad indurre negli avvocati il ragionevole affidamento che l'esito del deposito telematico sarà loro reso noto il giorno successivo alla effettuazione dello stesso, sì da poter i medesimi rimediare tempestivamente, ove emergessero eventuali anomalie della procedura, ai vizi del predetto deposito.

Per quanto concerne, infine, il procedimento di rimessione in termini, **Sez. 5, n. 6102/2019, Condello, Rv. 652790-01** ha precisato che nel processo tributario, come in quello civile, il provvedimento di rimessione in termini, reso sia ai sensi dell'art. 184-bis c.p.c., che del vigente art. 153, comma 2, c.p.c., presuppone una tempestiva istanza della parte che assuma di essere incorsa nella decadenza da un'attività processuale per causa ad essa non imputabile, mentre **Sez. 2, n. 22092/2019, Lombardo, Rv. 654920-01** ha affermato che, ai fini della rimessione in termini, ove il mancato tempestivo deposito di un atto sia dovuto a causa non imputabile, la parte interessata può evitare la declaratoria di improcedibilità chiedendo, non appena l'impedimento sia cessato, la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 153, comma 2, c.p.c., e provvedendo a depositare contestualmente l'atto non potuto depositare nei termini.

Infine, a proposito di proroga dei termini processuali, merita di essere menzionata **Sez. 1, n. 30968/2019, Terrusi, Rv. 656274-01**, la quale ha precisato che in tema di protezione internazionale, ove la parte che impugni l'ordinanza del tribunale non abbia notificato il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza entro il termine fissato, non è possibile l'assegnazione di un nuovo termine per la notifica, poiché, da un lato, pur trattandosi di un termine non perentorio, l'omesso espletamento di un incombenza processuale esula dall'ambito dell'art. 154 c.p.c. - che prevede, quale presupposto per l'abbreviazione o per la proroga del termine, che questo non sia comunque ancora scaduto - dall'altro, l'impossibilità di accordare nuovi termini per un atto non compiuto, mira ad evitare che sia consentito alla parte di essere arbitra dei tempi del processo d'appello, allungandone, con condotte omissive, la ragionevole durata.

A proposito della sospensione feriale dei termini, va data, infine, evidenza a **Sez. 6-3, n. 33728/2019, Porreca, Rv. 656351 - 01**, la quale, in continuità con Sez. 3, n. 1123/2014, Frasca, Rv. 629827-01, ha precisato in sede di opposizione

all'esecuzione, nel caso in cui l'opposto abbia formulato una domanda riconvenzionale subordinata, volta ad ottenere, nel caso di accoglimento dell'opposizione, un nuovo accertamento afferente alla situazione sostanziale consacrata nel titolo esecutivo, la controversia è soggetta alla sospensione feriale dei termini soltanto se la sentenza abbia accolto l'opposizione e, quindi, abbia deciso sulla riconvenzionale; viceversa non vi resta soggetta nel caso di rigetto dell'opposizione, in quanto solo l'esito positivo dell'impugnazione della relativa decisione può comportare il successivo ingresso dell'esame della domanda riconvenzionale davanti al giudice d'appello o davanti al giudice di rinvio.

9. Comunicazioni e notificazioni.

In materia di comunicazioni, le pronunce del 2019 hanno offerto utili indicazioni applicative, specie con riferimento alle questioni collegate all'impiego della posta elettronica certificata. A riguardo, meritano di essere menzionate **Sez. L, n. 83/2019, Amendola F., Rv. 652449-01**, secondo la quale nel rito cd. Fornero, il termine breve per proporre reclamo contro la sentenza che decide il ricorso in opposizione decorre dalla comunicazione di cancelleria della sentenza a mezzo PEC, comunicazione che, dopo le modifiche apportate al comma 1 dell'art. 125 c.p.c. dalla l. n. 114 del 2014, di conversione del d.l. n. 90 del 2014 (applicabile *ratione temporis*), deve avvenire all'indirizzo PEC del difensore risultante da pubblici elenchi o da registri accessibili alla pubblica amministrazione, restando irrilevante l'eventuale indicazione nell'atto di un diverso indirizzo PEC; e **Sez. L, n. 13532/2019, Pagetta, Rv. 653961-01**, la quale, in continuità con Sez. 5, n. 7029/2018, Fuochi Tinarelli, Rv. 647554-01, ha ribadito che il mancato buon esito della comunicazione telematica di un provvedimento giurisdizionale dovuto alla saturazione della capienza della casella PEC del destinatario è evento imputabile a quest'ultimo; di conseguenza, è legittima l'effettuazione della comunicazione mediante deposito dell'atto in cancelleria, ai sensi dell'art. 16, comma 6, del d.l. n. 179 del 2012, conv. in l. n. 221 del 2012, come modificato dall'art. 47 del d.l. n. 90 del 2014, conv. in l. n. 114 del 2014, senza che, nell'ipotesi in cui il destinatario della comunicazione sia costituito nel giudizio con due procuratori, la cancelleria abbia l'onere, una volta non andato a buon fine il primo tentativo di comunicazione, di tentare l'invio del provvedimento all'altro procuratore (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva dichiarato tardiva l'opposizione proposta dal lavoratore avverso l'ordinanza ex art. 1, comma 49, della l. n. 92 del 2012, comunicata all'indirizzo PEC di uno dei suoi procuratori e non consegnata per "casella piena", reputando irrilevante che la cancelleria non avesse tentato la

comunicazione al secondo procuratore ed avesse invece eseguito la comunicazione telematica ad entrambi i difensori costituiti del datore di lavoro).

In argomento, notevole rilevanza pratica deve essere, inoltre, riconosciuta a **Sez. L, n. 2482/2019, Criscuolo, Rv. 652386-01**, secondo la quale nel caso in cui nell'atto sia stato specificato di voler ricevere le comunicazioni presso l'indirizzo PEC di uno dei difensori di fiducia, non è valida la comunicazione di cancelleria effettuata all'indirizzo PEC di altro difensore. In applicazione del principio, la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato improcedibile l'appello, sebbene il decreto di fissazione di udienza di cui all'art. 435 c.p.c. fosse stato comunicato all'indirizzo PEC di un codifensore diverso da quello indicato.

In ultimo, **Sez. 3, n. 5495/2019, Rossetti, Rv. 652992-01**, ha precisato che in tema di impugnazioni, la comunicazione della sentenza integrale a mezzo PEC da parte della cancelleria non produce i medesimi effetti della notificazione della sentenza e, pertanto, non è idonea a far decorrere il termine breve di cui all'art. 325 c.p.c., in quanto consente al destinatario di acquisire la legale scienza dell'avvenuto deposito ma non è atto esclusivamente destinato a provocare l'impugnazione.

Per quanto riguarda le notificazioni, nell'ambito della cospicua elaborazione giurisprudenziale in materia, riguardante principalmente le notificazioni ai sensi dell'art. 140 c.p.c., le notificazioni a mezzo del servizio postale e la nullità della notificazione, possono enuclearsi alcune decisioni attinenti al procedimento notificatorio in generale che si distinguono per la novità dei principi espressi o comunque per l'utilità, sotto il profilo applicativo, delle indicazioni offerte.

Si tratta, innanzitutto, di **Sez. 6-L, n. 393/2019, Doronzo, Rv. 652608-01**, in materia di notificazione telematica, la quale, in continuità con Sez. L, n. 21445/2018, Marotta, Rv. 650216-01, con Sez. 6, n. 30766/2017, Curzio, Rv. 647030-01, Sez. 3, n. 21915/2017, Rubino, Rv. 645734-01 e Sez. L, n. 8886/2016, Spena, Rv. 639557-01 ha ribadito che, in tema di notificazione con modalità telematica, l'art. 16 septies del d.l. n. 179 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 221 del 2012, si interpreta nel senso che la notificazione richiesta, con rilascio della ricevuta di accettazione dopo le ore 21.00, ai sensi dell'art. 3 bis, comma 3, della l. n. 53 del 1994, si perfeziona alle ore 7.00 del giorno successivo (nella specie, la Corte ha dichiarato inammissibile, perché tardivo, il ricorso notificato con modalità telematiche, in quanto la ricevuta di accettazione risultava generata alle ore 21.01 dell'ultimo giorno utile).

A proposito dell'onere di riattivazione del procedimento notificatorio nel caso in cui la notifica di un atto soggetto a termine di decadenza non sia andata a buon fine, di particolare interesse è **Sez. 6-5, n. 9286/2019, Capozzi, Rv. 653401-01**, la quale ha affermato che, qualora la notificazione di un atto di impugnazione, da effettuarsi entro un termine perentorio, non si perfezioni per circostanze non imputabili al richiedente, questi - anche in virtù del principio di economia

processuale, atteso che la richiesta di un provvedimento giudiziale comporterebbe un allungamento dei tempi del giudizio – ha l'onere di riattivare autonomamente il procedimento notificatorio entro un termine ragionevolmente contenuto, dovendosi di conseguenza dichiarare non luogo a provvedere sulla richiesta dello stesso di rimessione in termini per la rinnovazione della notifica.

Ancora, **Sez. 5, n. 8618/2019, Venegoni, Rv. 653527-01**, dando seguito a Sez. 2, n. 15056/2018, Federico, Rv. 649074-01, ha ribadito che nell'ipotesi di notifica dell'atto di impugnazione non andata a buon fine, ove risulti il trasferimento del difensore domiciliatario della parte destinataria della notifica, al fine di stabilire se il mancato perfezionamento sia imputabile al notificante, per la riattivazione del procedimento notificatorio entro il termine di cui all'art. 325 c.p.c., occorre distinguere a seconda che il difensore al quale viene effettuata detta notifica eserciti o meno la propria attività nel circondario del tribunale dove si svolge la controversia, essendo nella prima ipotesi onere del notificante accertare, anche mediante riscontro delle risultanze dell'albo professionale, quale sia l'effettivo domicilio del difensore, a prescindere dalla comunicazione, da parte di quest'ultimo, nell'ambito del giudizio, del successivo mutamento. Nella specie, in applicazione del principio, poiché il domicilio del difensore ove doveva essere eseguita la notifica si era spostato sempre all'interno della città de L'Aquila, la Corte ha escluso che ricorresse il requisito della assenza di negligenza nel notificante che giustifica la possibilità di rinnovare la notifica, stante la notorietà del sisma verificatosi nel 2009 e delle conseguenti condizioni della città, eventi questi che imponevano di effettuare gli accertamenti necessari a verificare se l'immobile non fosse più abitato.

Ancora, sugli effetti del procedimento notificatorio, di primario rilievo è **Sez. U, n. 6278/2019, Lombardo, Rv. 652972-01**, la quale ha enunciato il principio di diritto secondo il quale in tema di notificazione della sentenza ai sensi dell'art. 326 c.p.c., il termine breve di impugnazione di cui al precedente art. 325 c.p.c. decorre, anche per il notificante, dalla data in cui la notifica viene eseguita nei confronti del destinatario, in quanto gli effetti del procedimento notificatorio, ed in particolare la decorrenza del termine predetto, vanno unitariamente ricollegati al suo perfezionamento e, proprio perché interni al rapporto processuale, sono necessariamente comuni ai soggetti che ne sono parti.

Con tale pronuncia le Sezioni Unite hanno risolto la questione se il termine breve per impugnare decorra dal momento in cui si individua un fatto al quale ancorare con ragionevole certezza la conoscenza dell'atto da impugnare in capo alla parte, oppure se debba trovare applicazione il principio della cd. "bilateralità sincronica" degli effetti della notificazione, in forza del quale solo il perfezionamento del procedimento notificatorio con riferimento alle parti del rapporto processuale determina la decorrenza del termine breve per impugnare.

Le Sezioni Unite hanno aderito alla prima di tali soluzioni, valorizzando una serie di indici normativi, tra cui l'art. 326, comma 1, c.p.c., che collega la decorrenza del termine breve di impugnazione alla "notificazione della sentenza", ossia all'evento della notificazione considerato oggettivamente, senza distinguere tra la posizione del notificante e quella del destinatario della notifica. Sicché, se per notificazione si intende l'arrivo dell'atto da notificare nella sfera di conoscibilità del destinatario della notifica, non è consentita l'individuazione per il notificante di una diversa nozione di notificazione.

La Corte ha, quindi, ritenuto impossibile l'applicazione del principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione elaborato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 477 del 2002, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., del combinato disposto degli artt. 149 c.p.c. e dell'art. 4, comma 3, della legge 20 novembre 1982, n. 890, "nella parte in cui prevede che la notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di ricezione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario".

Ad avviso della pronuncia nomofilattica, la diversificazione del decorso del termine breve per impugnare tra notificante e destinatario della notificazione della sentenza conduce, infatti, ad un assetto del sistema delle impugnazioni irrazionale, laddove l'unicità del decorso del termine di impugnazione tutela l'equilibrio e la parità processuale tra le parti e garantisce la certezza dei rapporti giuridici, in quanto il giudicato si forma contemporaneamente nei confronti di tutte le parti.

Introducendo un nuovo principio, **Sez. 2 8054/2019, Scalisi, Rv. 653506-01** ha chiarito che la richiesta di notificazione di un atto processuale, riguardante più soggetti, a nome di uno solo di essi deve ritenersi effettuata nell'interesse anche degli altri, poiché tale notificazione sostituisce a tutti gli effetti l'elencazione, inutilmente ripetitiva, dei nominativi dei detti soggetti, la cui presenza si ricava dall'atto notificato. Nella specie, la Corte ha cassato la decisione della corte d'appello che, in sede di opposizione contro un decreto che aveva liquidato a tre ricorrenti un indennizzo ex l. n. 89 del 2001, aveva confermato il provvedimento unicamente nei confronti della parte che ne aveva richiesto la notificazione, dichiarandolo inefficace in ordine alle somme ingiunte in favore delle altre.

A proposito delle notificazioni eseguite dal difensore, **Sez. L, n. 32255/2019, Ciriello, Rv. 656008-01**, ha precisato il principio della scissione degli effetti della notificazione per il notificante ed il destinatario è applicabile anche alla notificazione effettuata dall'avvocato a mezzo posta ai sensi della legge n. 53 del 1994, poiché dal relativo art. 6 - ove è previsto che l'avvocato che compila la relazione o le attestazioni di cui agli articoli 3, 3-bis e 9, o le annotazioni di cui all'articolo 5, è considerato pubblico ufficiale ad ogni effetto - si evince che la figura dell'avvocato

che compie l'attività di notifica in proprio risulta equipollente a quella dell'ufficiale giudiziario, sicché una diversa lettura della norma introdurrebbe una irragionevole disparità tra la notifica eseguita dall'ufficiale giudiziario a mezzo posta e quella eseguita dall'avvocato, in contrasto anche con la *ratio* della legge in questione, volta a facilitare le notifiche e molto valorizzata con l'introduzione della notifica telematica.

Va, inoltre, data evidenza a **Sez. 3, n. 33769/2019, Dell'Utri, Rv. 656333 – 01**, la quale, con riferimento alle associazioni non riconosciute, ha stabilito che in caso di notificazione dell'intimazione di sfratto a mani del legale rappresentante, non è necessaria la spedizione dell'avviso ex art. 660, comma 7, c.p.c., dovendo applicarsi analogicamente la disciplina della notificazione alle persone giuridiche e, quindi, il principio secondo il quale, ove l'atto di intimazione sia consegnato a uno dei soggetti indicati dall'art. 145, comma 1, c.p.c., il predetto adempimento, riguardando l'ipotesi, configurabile soltanto in relazione a persone fisiche, di notifica non a mani proprie del soggetto intimato, non deve essere compiuto.

Per quanto concerne le notificazioni in altro stato dell'Unione europea, priva di precedenti specifici risulta **Sez. 3, n. 29716/2019, Olivieri, Rv. 655833-01**, la quale ha stabilito che ai sensi del Regolamento (CE) n. 1393 del 2007, per la verifica del perfezionamento della notifica sono sufficienti gli elementi informativi riportati nel certificato di espletamento delle formalità previsto dall'art. 10 del citato Regolamento e redatto secondo il "modulo standard" dell'Allegato I, la cui effettiva provenienza dall'organo che ha proceduto alla notificazione è validamente attestata dall'apposizione del timbro dell'ufficio, alternativa alla sottoscrizione autografa del funzionario.

In ultimo, utili precisazioni con riferimento al luogo della notificazione si traggono da **Sez. L, n. 23521/2019, Pagetta, Rv. 655021-01**, la quale, in continuità con Sez. 1, n. 10170/2016, Di Virgilio, Rv. 639660-01, ha stabilito che, ai fini della determinazione del luogo di residenza o dimora del destinatario della notificazione, rileva esclusivamente il luogo ove questi dimora di fatto in modo abituale, rivestendo le risultanze anagrafiche mero valore presuntivo e potendo essere superate, in quanto tali, da una prova contraria, desumibile da qualsiasi fonte di convincimento, affidata all'apprezzamento del giudice di merito. Nella specie, è stata ritenuta valida la notificazione eseguita presso la residenza anagrafica, benché l'immobile fosse stato dichiarato inagibile, in quanto l'agente postale, dato atto dell'assenza del destinatario, aveva immesso l'avviso nella cassetta depositando poi il plico presso l'ufficio postale senza segnalare l'esistenza di restrizioni di accesso all'area in cui insisteva la cassetta postale, sicché - in assenza di specifiche controdeduzioni dell'interessato - era configurabile l'onere di mantenersi informato sulla corrispondenza pervenuta al luogo di residenza.

Ancora, riguardo al luogo della notificazione, **Sez. 6-3, n. 4274/2019, Porreca, Rv. 653009-01**, ha precisato che la notificazione eseguita, ai sensi dell'art. 140 c.p.c., è valida se eseguita nel luogo di residenza del destinatario risultante dai registri anagrafici, mentre non lo è se, pur effettuata presso tale luogo, sia conosciuta l'effettiva residenza, anche tramite le risultanze della relata, ovvero la stessa sia conoscibile con l'ordinaria diligenza. Difatti, la circostanza secondo la quale nell'indirizzo risultante dai registri anagrafici si trovi la residenza effettiva (o la dimora o il domicilio) del destinatario costituisce mera presunzione superabile con qualsiasi mezzo di prova, in quanto non coperta dalla fidefacenza della relata.

Nel 2019 la giurisprudenza di legittimità ha fornito importanti indicazioni applicative anche con riferimento al procedimento notificatorio ai sensi dell'art. 140 c.p.c.

Per quanto concerne gli adempimenti prescritti dalla disposizione in esame, **Sez. L, n. 2683/2019, Ponterio, Rv. 652604-01**, ha precisato che nei casi di irreperibilità relativa, ai fini del perfezionamento del procedimento notificatorio, è necessario che l'avviso di ricevimento, relativo alla raccomandata informativa del deposito dell'atto presso la casa comunale, rechi l'annotazione da parte dell'agente postale dell'accesso presso il domicilio del destinatario e delle ragioni della mancata consegna, senza che sia sufficiente la sola indicazione del deposito del plico presso l'ufficio postale (nella specie, la Corte ha confermato la nullità della notifica di un ricorso introduttivo di primo grado in quanto l'avviso di ricevimento della raccomandata informativa, pur allegato all'atto, non risultava compilato nella parte relativa alla mancata consegna del plico al domicilio). In argomento, **Sez. 3, n. 22167/2019, Rossetti, Rv. 654939-01**, ha chiarito che la "casa del Comune" in cui l'ufficiale notificante deve depositare la copia dell'atto da notificare si identifica, in alternativa alla sede principale, anche in qualsiasi altra struttura nella disponibilità giuridica dell'ente, vincolata allo svolgimento di funzioni istituzionali con provvedimento adottato prima della notificazione e menzionata nell'avviso di avvenuto deposito.

Il compimento delle formalità richieste deve risultare dalla relata redatta dall'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 148 c.p.c. che, sotto tale profilo, è coperta da fede privilegiata, a differenza di quanto avviene per l'effettivo inoltro dell'avviso informativo al destinatario da parte dell'ufficio postale cui è stato consegnato da detto pubblico ufficiale, con la conseguenza che la prova dell'eventuale mancato recapito dello stesso potrà essere fornita dal destinatario senza necessità di impugnare la relata mediante querela di falso (**Sez. 6-5, n. 1699/2019, Conti, Rv. 652725-01**).

Per quanto riguarda, infine, la notificazione ai sensi dell'art. 143 c.p.c., **Sez. 2, n. 2966/2019, Casadonte, Rv. 652358-01**, ha chiarito che in tema di notificazione

di atti giudiziari, in presenza di informazioni circa l'origine estera del destinatario (nella specie, evincibili dall'estremo "Z404M" del codice fiscale, indicante la cittadinanza statunitense del proprietario del bene oggetto di pretesa usucapione), deve essere seguita la procedura di cui all'art. 142 c.p.c., concernente la notificazione "a persona non residente, né dimorante, né domiciliata nella Repubblica", e non quella prevista dall'art. 143 c.p.c., non vertendosi in ipotesi di notificazione "a persona di residenza, dimora e domicilio sconosciuti". Pertanto, rientra nell'ordinaria diligenza esigibile da parte del notificante, quale espressione della lealtà processuale, un'attività di indagine coerente con le informazioni disponibili, da svolgersi, al fine di accertare la nuova residenza, mediante verifiche presso l'ufficio consolare di riferimento di cui all'art. 6 della l. n. 470 del 1988, non essendo, al contrario, sufficiente la ricerca effettuata presso un ufficio anagrafico nazionale privo di qualsiasi correlazione soggettiva col destinatario straniero.

Numerose sono state le pronunce di legittimità che nell'anno in rassegna hanno esaminato, sotto diversi profili, la notificazione a mezzo del servizio postale.

Con riferimento alla prova del perfezionamento della notificazione, **Sez. 6-2, n. 8082/2019, Criscuolo, Rv. 653384-01**, ha ribadito che l'avviso di ricevimento, il quale è parte integrante della relata di notifica, avendo natura di atto pubblico, costituisce il solo documento idoneo a provare - in riferimento alla decorrenza dei termini connessi alla notificazione - l'intervenuta consegna del plico con la relativa data e l'identità della persona alla quale è stato recapitato, salvo che detta data manchi o sia incerta, ipotesi nelle quali i termini decorrono dal giorno riportato nel timbro postale; pertanto, la parte che intenda contestarne il contenuto deducendo l'incompatibilità tra la data di ricezione ivi apposta e quella risultante dal menzionato timbro ha l'onere di proporre querela di falso, a meno che dallo stesso contesto dell'atto non emerga in modo evidente che il pubblico ufficiale ha compiuto un mero errore materiale nella sua redazione, il quale ricorre nel caso di indicazione di data inesistente o anteriore a quella della formazione dell'atto notificato o non ancora maturata.

In termini non dissimili, con specifico riguardo alla natura e all'efficacia dell'avviso di ricevimento, **Sez. 6-2, n. 22058/2019, Falaschi, Rv. 655279-01**, ha affermato che nella notificazione a mezzo del servizio postale, l'attestazione sull'avviso di ricevimento con la quale l'agente postale dichiara di avere eseguito la notificazione ai sensi dell'art. 8 della l. n. 890 del 1982 fa fede fino a querela di falso, in quanto tale notificazione è un'attività compiuta, per delega, dall'ufficiale giudiziario, il quale, in forza dell'art. 1 della citata l. n. 890, è autorizzato ad avvalersi del servizio postale per l'attività notificatoria che è stato incaricato di eseguire. Ne consegue, da un lato, che l'avviso di ricevimento, a condizione che sia sottoscritto dall'agente postale, per le attività che risultano in esso compiute, gode di forza

certificatoria fino a querela di falso e, dall'altro, che il destinatario di un avviso di ricevimento che affermi di non avere mai ricevuto l'atto e, in particolare, di non aver mai apposto la propria firma sullo stesso avviso, ha l'onere, se intende contestare l'avvenuta esecuzione della notificazione, di impugnare l'avviso di ricevimento a mezzo di querela di falso.

Non di meno, secondo **Sez. 3, n. 2551/2019, Porreca, Rv. 652663-01**, in caso di smarrimento o distruzione dell'avviso di ricevimento, l'avvenuta notificazione può essere provata attraverso il duplicato rilasciato dall'Ufficio postale ai sensi dell'art. 8 del d.P.R. n. 655 del 1982 (non abrogato né modificato, neanche implicitamente, a seguito dell'emenda dell'art. 6 della l. n. 890 del 1982 introdotta dall'art. 1, comma 97-bis, lett. e) della l. n. 190 del 2014, come modificato dall'art. 1, comma 461, della l. n. 205 del 2017); in esso deve, però, essere necessariamente indicato il soggetto che ha ricevuto il plico, al fine di porre il giudice in condizione di verificare in quali esatti termini il recapito dell'atto si sia perfezionato. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva ritenuto idoneo un duplicato recante un timbro con la firma dell'agente addetto al recapito nella colonna riferita alla "consegna a domicilio", sullo spazio previsto per la sottoscrizione del destinatario o della persona abilitata, ma privo di indicazione del soggetto ricevente l'atto e di barratura di alcuna delle caselle.

Sempre in tema di prova del perfezionamento del procedimento notificatorio, **Sez. 5, n. 5077/2019, D'Oriano, Rv. 652953-01**, ponendosi in discontinuità rispetto a Sez. 6-5, n. 6242/2017, Iofrida, Rv. 643481-01 – secondo la quale la notificazione a mezzo posta, qualora l'agente postale non possa recapitare l'atto, si perfeziona, per il destinatario, trascorsi dieci giorni dalla data di spedizione della lettera raccomandata contenente l'avviso della tentata notifica e la comunicazione di avvenuto deposito del plico presso l'ufficio postale, sicché, ai fini della sua ritualità, è richiesta, ex art. 8 della l. n. 890 del 1982, la sola prova della spedizione della detta raccomandata (cd. C.A.D.) e non anche della sua avvenuta ricezione - ha affermato che la prova del perfezionamento del procedimento notificatorio a mezzo posta nel caso di irreperibilità relativa del destinatario deve avvenire - in base ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 della l. n. 890 del 1982 - attraverso l'esibizione in giudizio dell'avviso di ricevimento della raccomandata contenente la comunicazione di avvenuto deposito (cd. C.A.D.), in quanto solo l'esame di detto avviso consente di verificare che il destinatario abbia avuto effettiva conoscenza del deposito dell'atto presso l'ufficio postale e che ne sia stato pertanto tutelato il diritto di difesa (sulla stessa linea si è posta **Sez. L, n. 16601/2019, Patti, Rv. 654241-01**).

Per quanto riguarda l'individuazione dei destinatari della notificazione, **Sez. 5, n. 9240/2019, Balsamo, Rv. 653413-01**, ha chiarito che, allorché l'ufficio

finanziario proceda alla notifica mediante invio diretto dell'atto a mezzo posta, ai sensi dell'art. 26, comma 1, del d.P.R. n. 602 del 1973, si applicano le disposizioni concernenti il servizio postale ordinario con la conseguenza che, in caso di consegna a persona diversa dal destinatario la quale si sia dichiarata "autorizzata al ritiro della posta", deve presumersi che la qualità indicata, sostanzialmente equivalente a quella di "incaricato", sia stata dichiarata proprio da chi ha ricevuto l'atto sicché, per vincere la presunzione derivante dalla consegna a tale persona, occorre provare che il consegnatario non era né dipendente del notificando né addetto alla casa per non aver ricevuto neppure un incarico provvisorio e precario.

Ancora, in argomento, **Sez. 6-3, n. 14173/2019, Scoditti, Rv. 654052-01**, dando seguito a Sez. 2, n. 7815/2006, Schettino, Rv. 589950-01, ha affermato che con riferimento alle notificazioni a mezzo posta antecedenti la sostituzione dell'art. 8 della legge n. 890 del 1982 da parte dell'art. 2, comma 4, lett. c), n. 1, d.l. n. 35 del 2005, convertito con legge n. 80 del 2005, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 346 del 22 settembre 1998, in caso di rifiuto di ricevere il piego o di firmare il registro di consegna da parte delle persone abilitate alla ricezione, ovvero di mancato recapito per temporanea assenza del destinatario (o per mancanza, inidoneità od assenza delle persone sopra menzionate), sussiste l'obbligo di dare notizia, al destinatario medesimo, del compimento delle relative formalità e del deposito del piego con raccomandata con avviso di ricevimento, con la conseguenza che l'omissione di tale attività comporta la nullità della notifica.

Un temperamento emerge, tuttavia, da **Sez. 3, n. 26287/2019, D'Arrigo, Rv. 655380-01**, la quale ha affermato che ai fini della prova del perfezionamento del procedimento notificatorio è necessaria la produzione dell'avviso di ricevimento nonché, in caso di temporanea assenza del destinatario e di mancanza, inidoneità o rifiuto delle persone altrimenti abilitate a ricevere il piego in sua vece, della comunicazione di avvenuto deposito (c.d. CAD) del plico presso l'ufficio postale. Tuttavia, il ritiro del piego presso l'ufficio postale ad opera del destinatario (o di persona da lui delegata) determina la sanatoria, per raggiungimento dello scopo, di eventuali vizi del procedimento notificatorio, il quale si perfeziona alla data di tale ritiro (purché anteriore al decimo giorno dalla spedizione della CAD), sicché, ai fini della relativa prova, è sufficiente l'attestazione dell'agente postale di avvenuta consegna del plico, con indicazione della data e del soggetto che ha provveduto al ritiro.

Sez. 5, n. 29642/2019, Penta, Rv. 655744-01, in continuità con Sez. 5, n. 15315/2014, Crucitti, Rv. 631551-01, ha affermato che in caso di notificazione a mezzo posta dell'atto impositivo eseguita direttamente dall'Ufficio finanziario ai sensi dell'art. 14 della l. n. 890 del 1982, si applicano le norme concernenti il servizio postale ordinario per la consegna dei plichi raccomandati, e non quelle di cui alla

suddetta legge concernenti esclusivamente la notifica eseguita dall'ufficiale giudiziario ex art. 149 c.p.c., sicché non va redatta alcuna relata di notifica o annotazione specifica sull'avviso di ricevimento in ordine alla persona cui è stato consegnato il plico, e l'atto pervenuto all'indirizzo del destinatario deve ritenersi ritualmente consegnato a quest'ultimo, senza necessità dell'invio della raccomandata al destinatario, stante la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., la quale opera per effetto dell'arrivo della dichiarazione nel luogo di destinazione ed è superabile solo se il destinatario provi di essersi trovato, senza sua colpa, nell'impossibilità di prenderne cognizione.

Merita, infine, di essere menzionata **Sez. 6-2, n. 2482/2019, Criscuolo, Rv. 652386-01**, la quale, rifacendosi a Sez. 3, n. 23290/2011, Rv. 619815-01, ha chiarito che la notifica a mezzo del servizio postale, quando raggiunga lo scopo di portare a tempestiva conoscenza dell'atto il destinatario, senza violare il diritto di difesa ed al contraddittorio, può essere validamente eseguita presso la Repubblica di San Marino, in quanto la Convenzione dell'Aja, relativa alla notifica all'estero di atti giudiziari in materia civile e commerciale, adottata il 15 novembre 1965 e resa esecutiva in Italia con legge di ratifica n. 42 del 1981, che prevede espressamente la facoltà di ricorrere a tale modalità di notifica, è stata ratificata anche dalla Repubblica sanmarinese mediante un decreto del 26 febbraio 2002, a firma "Capitani reggenti", mentre il successivo atto con cui la stessa ha dichiarato di opporsi alla possibilità di notifica diretta a mezzo posta non risulta essere stato adottato con legge, ma costituisce un atto meramente amministrativo - peraltro, privo di sottoscrizione - e, perciò, inidoneo a ridurre l'ambito applicativo della suindicata Convenzione.

9.1. Nullità della notificazione.

Con riferimento alla nullità della notificazione, la giurisprudenza dell'anno in rassegna si è occupata soprattutto delle questioni attinenti ai profili della distinzione tra nullità e inesistenza, ai vizi relativi al luogo di notificazione e all'individuazione del destinatario, nonché alla notificazione a mezzo posta elettronica certificata.

Le pronunce in argomento mostrano una sempre più manifesta tendenza alla valorizzazione dei principi di strumentalità delle forme e del giusto processo, in forza dei quali è da ritenersi che la categoria dell'inesistenza sia configurabile nelle sole ipotesi di mancanza materiale dell'atto o qualora sia posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a qualificare un atto come notificazione, ravvisandosi, invece, la nullità in tutte le altre ipotesi di carenze o di difformità dal paradigma normativo.

In tale prospettiva, **Sez. L, n. 265/2019, Calafiore, Rv. 652539-01**, in tema di notificazione della cartella esattoriale relativa a contributi previdenziali, ha affermato

che l'omissione di uno degli adempimenti previsti dall'art. 140 c.p.c. (nella specie l'affissione dell'avvenuto deposito del piego presso la casa comunale anziché alla porta dell'abitazione) comporta la nullità della notifica, sanabile per raggiungimento dello scopo, ai sensi dell'art. 156 c.p.c., se il destinatario abbia comunque ricevuto regolarmente la raccomandata di conferma del deposito del piego presso l'ufficio postale.

In termini non dissimili si è espressa **Sez. 6-L, n. 31724/2019, Spena, Rv. 656033-01**, precisando che l'omissione di uno degli adempimenti previsti dall'art. 140 c.p.c. comporta la nullità della notificazione, sanabile per raggiungimento dello scopo, ai sensi dell'art. 156 c.p.c., anche nel caso in cui il destinatario abbia ricevuto la raccomandata di conferma di deposito del piego presso l'ufficio postale e ne abbia ommesso il ritiro determinando la compiuta giacenza, potendo la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c. ritenersi superata soltanto se il destinatario provi di essersi trovato, senza sua colpa, nell'impossibilità di prendere cognizione del piego.

Ancora, nella medesima prospettiva, secondo **Sez. 5, n. 1156/2019, Penta, Rv. 652199-01**, la notifica dell'avviso di accertamento nei confronti di un contribuente deceduto, notificato agli eredi collettivamente e impersonalmente presso il domicilio del *de cuius*, è nulla ove gli eredi abbiano comunicato all'Agenzia delle entrate le proprie generalità e il proprio domicilio fiscale almeno trenta giorni prima della notificazione: peraltro, atteso che la natura sostanziale dell'avviso di accertamento tributario non osta all'applicazione di istituti appartenenti al diritto processuale, detta nullità deve ritenersi sanata, per raggiungimento dello scopo dell'atto ex art. 156, comma 3, c.p.c., qualora l'erede proponga tempestivo ricorso avverso il ruolo, purché ciò avvenga prima della scadenza del termine di decadenza, previsto dalle singole leggi d'imposta, per l'esercizio del potere di accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria.

Coerente con il suddetto approccio ermeneutico è anche **Sez. 3, n. 6743/2019, Tatangelo, Rv. 653122-01**, secondo la quale la notificazione di atto processuale effettuata a soggetto e in luogo non corretti non è inesistente, in quanto potenzialmente idonea ad assolvere alla funzione conoscitiva che le è propria, potendo al più ritenersi nulla e, come tale, possibile oggetto di rinnovazione (in applicazione del principio, la Corte, ha escluso la nullità della notifica effettuata collettivamente ed impersonalmente agli eredi della debitrice nel suo ultimo domicilio sebbene la *de cuius* fosse interdetta e la notifica avrebbe dovuto essere eseguita presso il suo effettivo domicilio e diretta al curatore dell'eredità giacente).

Per quanto concerne specificamente la notificazione a cura degli avvocati, **Sez. 5, n. 17973/2019, D'Oriano, Rv. 654707-01**, ha precisato che l'omessa indicazione del numero di registro cronologico integra una mera irregolarità, poiché la stessa,

sostanzandosi in un adempimento formale finalizzato alla registrazione, non è invece necessaria né ai fini dell'identificazione del soggetto notificante o del destinatario dell'atto, né della prova della data di spedizione, assumendo al riguardo rilevanza la data di consegna apposta dall'ufficio postale.

Ancora, in una logica di conservazione dell'attività processuale, **Sez. 5, n. 2195/2019, Bruschetta, Rv. 652327-01**, ha stabilito che la notifica degli atti di impugnazione deve ritenersi correttamente effettuata nel caso in cui anche il secondo tentativo non sia andato a buon fine per ragioni non imputabili al notificante, allorché lo stesso sia stato effettuato, con esito positivo, entro la metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., decorrenti dalla data della consegna della relata negativa del primo tentativo di rinnovo della notifica.

In ultimo, merita di essere menzionata **Sez. 5, n. 27269/2019, Crucitti, Rv. 655804-01**, secondo la quale non è affetta da nullità la notificazione del ricorso per cassazione la cui relata sia stata sottoscritta da un Procuratore dello Stato e non da un Avvocato dello Stato, ancorché il primo sia soggetto non abilitato ad assumere difese in sede di legittimità, perché la notificazione è atto dell'ufficiale giudiziario eseguibile ad istanza del procuratore.

La Corte ha, invece, ritenuto configurarsi un'ipotesi di inesistenza nel caso in cui la notificazione di un atto di appello non si sia compiuta perché tentata presso il precedente recapito del difensore della controparte che abbia trasferito altrove il suo studio; essa non è, pertanto, suscettibile di sanatoria ex art. 156, comma 3, c.p.c. a seguito della costituzione in giudizio dell'appellato, né di riattivazione del relativo procedimento, trattandosi di vizio imputabile al notificante in considerazione dell'agevole possibilità di accertare l'ubicazione dello studio attraverso la consultazione telematica dell'albo degli avvocati (**Sez. 6-1, n. 17336/2019, Di Marzio M., Rv. 654717-01**).

E', invece, affetta da nullità, secondo **Sez. 2, n. 20867/2019, Fortunato, Rv. 655182-01**, la notifica, eseguita ai sensi dell'art. 139, commi 3 e 4, c.p.c., che si è completata con la spedizione avvenuta dopo la morte del destinatario e, comunque, dopo l'udienza di comparizione delle parti, dovendosi escludere in tal caso la regolare costituzione del rapporto processuale; ne consegue l'invalidità della notifica dell'atto in riassunzione effettuata ai sensi dell'art. 303, comma 2, c.p.c., prevista, invece, in ipotesi tassative a condizione che il processo sia validamente instaurato nei confronti della parte originaria, successivamente deceduta. Gli eredi rimasti contumaci possono appellare la sentenza e il giudice di secondo grado, o, in sua vece, la Cassazione, deve dichiarare la nullità del giudizio e rimettere le parti ex art. 354 comma 1 c. p. c. davanti al primo giudice.

Va, infine, dato conto di alcune pronunce che si sono soffermate sulle conseguenze della declaratoria di nullità della notificazione.

Sez. 3, n. 6743/2019, Tatangelo, Rv. 653122-02, ha evidenziato che, in tema di atti processuali, la parte che ha effettuato la notificazione non è legittimata a dedurre l'inesistenza giuridica e, nell'ipotesi di assegnazione di un termine per la rinnovazione della notificazione ritenuta nulla, non è legittimata a dedurre la nullità della conseguente attività processuale di rinnovazione, alla quale essa stessa ha in sostanza dato luogo.

Secondo **Sez. 5, n. 19218/2019, Triscari, Rv. 654757-01**, nell'ipotesi in cui venga disposta la rinnovazione della notificazione nulla di un atto processuale, ove venga dichiarata l'invalidità anche della notificazione in rinnovazione, non è più possibile ordinare un'ulteriore rinnovazione ai sensi dell'art. 162 c.p.c., perché, quando la nullità è dichiarata la prima volta, il giudice assegna un termine per la rinnovazione, la cui natura perentoria non consente che, per il completamento della medesima attività sia concesso un nuovo termine, atteso che l'art. 153 c.p.c. vieta la proroga dei termini perentori, salvo che sussistano i presupposti per la rimessione in termini.

Infine, merita di essere segnalata **Sez. L, n. 28288/2019, Arienzo, Rv. 655603-01**, conforme a Sez. 3, 10028/2016, Rubino, Rv. 639834-01, secondo cui la nullità della notificazione del ricorso per cassazione, non rilevata in sede di legittimità, non è soggetta al principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione di cui all'art. 161 c.p.c. e, per l'effetto, non è deducibile in sede di giudizio di rinvio conseguente a sentenza rescindente, potendo, per converso, ove mai non rilevata per errore meramente percettivo nel controllo degli atti del processo, risultare oggetto di ricorso per revocazione ex art. 395 c.p.c.

CAPITOLO VIII

LE SPESE E LA RESPONSABILITA' PROCESSUALE AGGRAVATA

(DI DONATELLA SALARI)

SOMMARIO: 1. La condanna alle spese. – 1.1. Il principio di soccombenza. – 1.2. Liquidazione delle spese. – 2. Compensazione delle spese. – 3. Distrazione delle spese. – 4. Responsabilità processuale cd. aggravata.

1. La condanna alle spese.

L'art. 91 c.p.c. detta il principio fondante la liquidazione delle spese ponendo in capo al giudice, a definizione del giudizio che si è svolto innanzi a lui, il potere/dovere di liquidare le spese del procedimento secondo la regola della soccombenza.

In base allo stesso principio il giudice disporrà la compensazione in caso di soccombenza reciproca ovvero (art. 92 c.p.c.) l'esclusione del rimborso delle spese superflue o eccessive, come potrà, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che essa abbia causato alla controparte in caso di trasgressione dei doveri di lealtà e probità (art. 88 c.p.c.).

L'art. 91 c. p. c., non si riferisce, se non in senso lato, alla sentenza come necessario presupposto di definizione del giudizio, ma riguarda ogni provvedimento che chiude il processo davanti al giudice (così Sez. 6 - 3, n. 7010 2017, Barreca, Rv. 643682 – 01).

Tutti questi poteri sono conferiti al giudice quale che sia il tipo di giudizio che si è svolto davanti a lui e quale che sia il *petitum* proposto, trattandosi di un potere/dovere che incombe sul giudice all'esito della definizione del giudizio per effetto di una pronuncia in rito anche nel caso in cui vi sia sul punto adesione della parte alla statuizione che definisce il giudizio; in linea con tale principio, **Sez. 6 - L, a n. 17187 /2019, L. Esposito, Rv. 654377- 01**, con riferimento all'ordinanza che accoglie l'eccezione di incompetenza territoriale inderogabile, ha affermato che il giudice erroneamente adito è tenuto a statuire sulle spese del procedimento, atteso che tale ordinanza ha natura decisoria, indipendentemente dalla circostanza che la controparte vi abbia aderito.

Va anche precisato che, ai fini dell'individuazione della tariffa applicabile nella liquidazione dei compensi (d.m. n 127 del 2004), prevale il principio sostanzialistico nell'individuazione della natura contenziosa o di volontaria giurisdizione del procedimento da definire e, pertanto, secondo **Sez. 2, n. 10750 /2019, Criscuolo, Rv. 653563 – 01**, risulteranno irrilevanti nel caso di procedimento inizialmente svoltosi nelle forme camerali, sia la registrazione del fascicolo presso la cancelleria

come procedimento di volontaria giurisdizione, sia l'avvenuta trattazione della causa in camera di consiglio, trattandosi di dati meramente formali che non possono prevalere sull'effettiva sostanza e natura del procedimento.

1.1. Il principio di soccombenza.

Secondo il principio di causazione che regola la soccombenza è tenuto a pagare le spese di lite chi, nel sollecitare lo *ius dicere*, abbia visto disattesa la sua domanda ovvero, facendo resistenza alla pretesa, abbia provocato il processo o la sua prosecuzione.

Il principio, ovviamente, riguarda tutti i gradi del giudizio secondo un parametro di «globalità ed unitarietà», e ciò anche laddove l'impugnazione riguardi solo le spese processuali; pertanto, in caso d'impugnazione di una sentenza per motivi limitati alle spese processuali, l'esito complessivo della lite a cui rapportare la nuova regolamentazione delle spese va verificato sulla base della fondatezza o meno delle censure strettamente attinenti alle spese di giudizio, a prescindere dall'esito della decisione sul merito (**Sez. L, n.00602/2019, Bellè, Rv. 652393 – 01**).

L'art. 152 disp. att. c.p.c. - che esenta la parte soccombente in possesso di determinati requisiti dal pagamento delle spese processuali nelle controversie relative a prestazioni previdenziali o assistenziali - trova applicazione anche in caso di gravame che concerna il solo capo delle spese di lite di una pronuncia resa nell'ambito di un giudizio volto al riconoscimento di tali prestazioni, poiché il regolamento di dette spese costituisce un aspetto consequenziale ed accessorio rispetto alla definizione del procedimento di accertamento della spettanza del beneficio richiesto (**così Sez. 6 - L, n. 26738/2019, Cavallaro, Rv. 655696 – 01**).

Infine, nell'ambito del giudizio di rinvio, il giudice al quale la causa sia rimessa dalla Corte di cassazione anche perché decida sulle spese del giudizio di legittimità, è tenuto a provvedere sulle spese delle fasi di impugnazione, se rigetta l'appello, e su quelle dell'intero giudizio, se riforma la sentenza di primo grado, secondo il principio della soccombenza applicato all'esito globale del giudizio, piuttosto che ai diversi gradi dello stesso ed al loro risultato (**Sez. 5 - , n. 28698/2019, Fraulini, Rv.655549 – 01**, che ha ribadito un principio già consolidato nella giurisprudenza di legittimità).

In ogni caso la liquidazione di spese, competenze di procuratore e avvocato va eseguita in modo tale da mettere la parte interessata in grado di controllare se il giudice abbia rispettato i limiti delle relative tabelle e così darle la possibilità di denunciare le specifiche violazioni della legge o delle tariffe (**Sez. 6 - 5, n. 32394/2019, Delli Priscoli, Rv. 656119 – 01**).

Le conseguenze del principio di soccombenza riguardano anche la parte contumace; se, però, costei risulterà vincitrice non avrà diritto alla rifusione delle spese (Sez. 6-3, n. 16164/2018, Scoditti, Rv. 649432-01) considerato che la condanna alle spese processuali, a norma dell'art. 91 c.p.c., trae il suo fondamento dall'esigenza di evitare una diminuzione patrimoniale alla parte che ha dovuto svolgere un'attività processuale per ottenere il riconoscimento e l'attuazione di un suo diritto, sicché essa non può essere pronunziata in favore del contumace vittorioso, poiché questi, non avendo espletato alcuna attività processuale, non ha, di conseguenza, sopportato spese al cui rimborso abbia diritto. Ne discende, come affermato da Sez. 3, n. 16786/2018, Frasca, Rv. 649548-01, che la statuizione con la quale il giudice liquida, in favore della parte vittoriosa in appello, le spese processuali del primo grado di giudizio, nel quale la stessa era rimasta contumace, deve essere cassata senza rinvio, in applicazione dell'art. 382, comma 3, c.p.c., in quanto, pur essendo espressione di un potere officioso del giudice, la condanna alle spese in favore della parte vittoriosa che non si sia difesa e non abbia, quindi, sopportato il corrispondente carico, non può essere disposta ed è assimilabile ad una pronuncia resa in mancanza del suddetto potere.

Sempre in applicazione del principio di causazione che regola la condanna alle spese, il rimborso delle spese processuali sostenute dal terzo chiamato in garanzia dal convenuto dovrà essere posto a carico dell'attore qualora la chiamata in causa si sia resa necessaria in relazione alle tesi sostenute dall'attore stesso e queste siano risultate infondate, a nulla rilevando che l'attore non abbia proposto nei confronti del terzo alcuna domanda; il rimborso rimane, invece, a carico della parte che ha chiamato o fatto chiamare in causa il terzo qualora l'iniziativa del chiamante, rivelatasi manifestamente infondata o palesemente arbitraria, concreti un esercizio abusivo del diritto di difesa (**Sez. 3 - , n. 31889 2019, Graziosi Rv. 655979 – 02**).

Rimane, inoltre, confermato quell'orientamento del S.C. a tenore del quale in materia di disciplina delle spese processuali, nel caso di azione o di impugnazione promossa dal difensore senza effettivo conferimento della procura da parte del soggetto nel cui nome egli dichiara di agire nel giudizio o nella fase di giudizio di che trattasi (come nel caso di inesistenza della procura *ad litem* o falsa o rilasciata da soggetto diverso da quello dichiaratamente rappresentato o per processi o fasi di processo diverse da quello per il quale l'atto è speso), l'attività del difensore non riverbera alcun effetto sulla parte e resta attività processuale di cui il legale assume esclusivamente la responsabilità e, conseguentemente, è ammissibile la sua condanna a pagare le spese del giudizio (**Sez. 6 – 3, n. 14474/2019, Ianniello, Rv. 653941 - 01**).

1.2. Liquidazione delle spese

Sotto il profilo delle spese che debbono essere liquidate dal giudice indipendentemente da uno specifico riferimento alle stesse nel dispositivo della decisione, la S.C., a conferma del precedente orientamento, ha ribadito che il provvedimento giudiziale di liquidazione delle spese processuali che non contenga la statuizione circa la debenza o, come nella specie, anche solo l'esplicita determinazione della percentuale delle spese forfettarie rimborsabili ai sensi dell'art. 13, comma 10, della l. n. 247 del 2012 e dell'art. 2 del d.m. n. 55 del 2014, è titolo per il riconoscimento del rimborso stesso nella misura del quindici per cento del compenso totale, quale massimo di regola spettante, potendo tale misura essere soltanto motivatamente diminuita dal giudice (**Sez. 2, n. 9385 /2019, Sabato, Rv. 653487 - 02**).

Come noto, a mente dell'art. 5 del d.m. n.140 del 2012 ai fini della liquidazione del compenso dei patrocinatori il valore della controversia é determinato a norma del codice di procedura civile avendo riguardo, nei giudizi per azioni surrogatorie e revocatorie, all'entità economica della ragione di credito alla cui tutela l'azione è diretta, nei giudizi di divisione, alla quota o ai supplementi di quota in contestazione, e nei giudizi per pagamento di somme (anche a titolo di danno), alla somma attribuita alla parte vincitrice e non alla somma domandata. In ogni caso, si ha riguardo al valore effettivo della controversia, anche in relazione agli interessi perseguiti dalle parti, quando risulti manifestamente diverso da quello presunto a norma del codice di procedura civile o alla legislazione speciale, mentre per le controversie di valore indeterminato o indeterminabile si tiene particolare conto dell'oggetto e della complessità della stessa.

In proposito, **Sez. L, n. 29420/2019, Bellè Rv. 655709 - 01** ha affermato che la regola contenuta nell'art. 5 del d.m. n. 140 del 2012 - secondo cui il valore della causa, nei giudizi per pagamento di somme, anche a titolo di danno, va fissato sulla base della somma attribuita alla parte vincitrice e non di quella domandata - ha lo scopo di calmierare le liquidazioni a favore di chi abbia richiesto importi eccessivi rispetto al dovuto, mantenendo a carico di chi agisce i possibili maggiori costi di difesa cagionati da una pretesa esorbitante rispetto a quanto spettante; ne consegue che, in un giudizio di appello introdotto per rivendicare importi superiori a quelli riconosciuti e definito con pronuncia di inammissibilità, il valore è pari all'importo domandato e dunque, nella specie, alla differenza tra quanto preteso in sede di gravame e quanto già liquidato, non avendo alcun legame con il giudizio di secondo grado la fissazione del valore sulla base di quanto attribuito e non più in discussione.

Quanto ai parametri applicabili in sede di liquidazione delle spese, **Sez. L, n. 12537/2019, Calafiore, Rv. 653760 - 01** ha delineato i riferimenti cui va

parametrato il potere discrezionale del giudice nei casi di liquidazione successiva al d. m. n. 140 del 2012 ed i limiti del sindacato in sede di legittimità affermando che la disciplina di cui al decreto citato - secondo cui i parametri specifici per la determinazione del compenso sono, «di regola» quelli di cui alla allegata tabella A, la quale contiene tre importi pari, rispettivamente, ai valori minimi, medi e massimi liquidabili, con possibilità per il giudice di diminuire o aumentare «ulteriormente» il compenso in considerazione delle circostanze concrete - va intesa nel senso che l'esercizio del potere discrezionale del giudice contenuto tra i valori minimi e massimi non è soggetto a sindacato in sede di legittimità, attenendo pur sempre a parametri fissati dalla tabella, mentre la motivazione è doverosa allorché il giudice medesimo decida di aumentare o diminuire ulteriormente gli importi da riconoscere, essendo necessario, in tal caso, che siano controllabili sia le ragioni dello scostamento dalla «forcella» di tariffa, sia le ragioni che ne giustifichino la misura.

La liquidazione riguarda anche le spese non documentabili ma che il patrocinatore presumibilmente ha affrontato nel complessivo disimpegno del compito difensivo. Ne consegue, secondo **Sez. U, n. 31030/2019, Doronzo, Rv. 656077 – 02**, che all'avvocato sono dovute, oltre al rimborso delle spese documentate e di quelle forfettarie generali (non strettamente inerenti alla singola pratica ma necessarie per la conduzione dello studio), altre spese che sfuggono ad una precisa elencazione ma che, di fatto, sono sostenute dal professionista nello svolgimento del singolo incarico (tra le quali, gli esborsi per gli spostamenti necessari per raggiungere l'Ufficio giudiziario in occasione delle udienze o degli adempimenti di cancelleria, diversi da quelli per viaggio e trasferta di cui all'art. 27 del d.m. n. 55 del 2014, i costi per fotocopie, per l'invio di email o per comunicazioni telefoniche inerenti l'incarico e sostenuti fuori dallo studio); tali spese sono liquidabili in via equitativa per l'impossibilità o la rilevante difficoltà di provare il loro preciso ammontare nonché, in considerazione della loro effettiva ricorrenza, secondo l'*id quod plerumque accidit*.

La statuizione di liquidazione considera pure implicito il pregresso pagamento delle contributo unificato affrontato dalla parte vittoriosa, con la conseguenza che la condanna del soccombente s'intende riferita anche al rimborso di detta somma prevista dall'art. 13 del d.P.R. n. 115 del 2002 che costituisce un'obbligazione *ex lege* di importo predeterminato, **Sez. 1, n. 18529/2019, Scotti, Rv. 654658 – 01**.

Diversa è, invece, la rimborsabilità delle spese stragiudiziali proposta nella nota spese la quale, come precisato da **Sez. 3, n. 30732/2019, Cricenti, Rv. 655973 – 01**, ove richiesta per la prima volta in appello, costituisce domanda nuova.

2. Compensazione delle spese.

Il potere del Giudice, a tenore dell'art. 92, comma 2, c. p. c., di compensare le spese processuali anche in ipotesi differenti da quella della cd. soccombenza reciproca costituisce tema di vari interventi legislativi finalizzati sostanzialmente a limitarne la discrezionalità come misura di dissuasione ad un uso indiscriminato e, in qualche caso, temerario delle - scarse - risorse in materia di giustizia.

In proposito, come noto, la l. n. 263 del 2005, ha reso obbligatoria la motivazione da parte del Giudice in ordine alla sussistenza dei «giusti motivi» posti a fondamento della decisione di compensare le lite; limiti ulteriori sono stati posti con la l. n. 69 del 2009, laddove le ipotesi di compensazione per giusti motivi, rispetto alla precedente formulazione, risulta sostituita da quella delle «gravi ed eccezionali ragioni», salvo intervenire di nuovo sull'impianto normativo della soccombenza di cui all' art. 92 c. p. c. ad opera del d.l. n. 132 del 2014, conv. in l. n. 162 del 2014, irrigidendo la compensazione in alcune tassative fattispecie.

Con la sentenza n. 77 del 2018 la Corte costituzionale ha affermato che la novella sopra citata si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza e di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., comma 1, laddove non disciplini altre analoghe situazioni riconducibili al principio del giusto processo ex art. 111 Cost., comma 1, nonché al diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., comma 1, nella misura in cui la possibilità di condanna al pagamento delle spese processuali in evenienze impreviste ed imprevedibili, o meglio, non determinabili, *a priori* possa costituire un'ostacolo frapposto dalla legge alla parte che intenda agire o resistere in giudizio a tutela dei propri diritti.

Su tali premesse la S.C. con **Sez. 6 - 3, n. 4360 14/02/2019, D'Arrigo, Rv. 653011 – 01**, in un caso di denuncia di violazione dell'art. 92, comma 2, c.p.c. nel ricorso per cassazione, ha fatto propria in via retroattiva la pronuncia di illegittimità affermando che la valutazione della fondatezza o meno del ricorso deve farsi con riferimento alla situazione normativa determinata dalla pronuncia di incostituzionalità, essendo irrilevante che la decisione impugnata o la stessa proposizione del ricorso siano anteriori a tale pronuncia, atteso che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di una norma retroagiscono alla data di introduzione nell'ordinamento del testo di legge dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Sez. 6 - L, n. 29125/2019, Spena, Rv. 655756 – 01, con riferimento alle spese del giudizio di rinvio, ha precisato che, se non diversamente previsto, deve applicarsi la legge processuale vigente al momento in cui venne introdotto il procedimento di primo grado. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, in sede di rinvio, aveva provveduto alla compensazione delle spese - nella vigenza, al

momento di deposito del ricorso di primo grado, del testo dell'art. 92 c.p.c. che consentiva la compensazione nella ricorrenza di giusti motivi - «per la peculiarità in punto di fatto della fattispecie», osservando che tale motivazione era del tutto incoerente con le ragioni poste a fondamento della decisione, incentrate sulla mera infondatezza della pretesa di una delle parti per carenza di allegazioni istruttorie e di prova).

3. Distrazione delle spese.

Numerosi gli interventi della Corte in materia della distrazione delle spese in favore del difensore, prevista dall'art. 93 c.p.c.

Innanzitutto, **Sez. U., n. 31033/2019, Vincenti, Rv. 656078 – 01**, ha precisato che in caso di omessa pronuncia sull'istanza di distrazione delle spese il rimedio esperibile è costituito dal procedimento di correzione degli errori materiali ed il difensore è legittimato a proporre il relativo ricorso se nel corso del giudizio ne aveva formulato specifica richiesta, la quale deve ritenersi validamente proposta anche nel caso in cui manchi l'esplicita dichiarazione in ordine alla avvenuta anticipazione delle spese ed alla mancata riscossione degli onorari, atteso che quest'ultima può ritenersi implicitamente contenuta nella domanda di distrazione, purché via sia stata una sua previa richiesta nel corso del giudizio.

Va sottolineato, inoltre, che l'art. 93 c.p.c. non riguarda il rapporto interno di mandato e, pertanto, secondo **Sez. 2, n. 31687/2019, Carbone, Rv. 656196 – 01**, in caso di rinuncia del difensore al mandato o revoca, va esclusa la legittimazione del difensore a chiedere la distrazione delle spese considerato che l'ultrattività del mandato difensivo fino alla nomina di un nuovo legale in caso di revoca o rinuncia ai sensi dell'art. 85 c.p.c. non riguarda l'ipotesi del distrattario privo di procura.

La richiesta di distrazione delle spese non comporta la rinuncia implicita al patrocinio a spese dello Stato, quale provvidenza posta a garanzia dell'effettività del diritto di difesa di cui all'art 24 Cost., dovendo la rinuncia provenire, in modo certo ed univoco, dal titolare del beneficio e non dal suo difensore, che è privo di qualsiasi potere dispositivo in proposito, tanto che la predetta ammissione è insensibile all'eventuale revoca o rinuncia al mandato e, comunque, non ha ad oggetto solo i compensi al difensore, ma anche altre provvidenze (spese per gli ausiliari del giudice, prenotazione a debito del contributo unificato), considerato, peraltro, che l'art. 136 del d.P.R. n. 115 del 2002 prevede specifiche ipotesi di revoca del beneficio, diverse dalla richiesta ex art. 93 c.p.c. (**Sez. L, n. 30418 /2019 , D'Antonio, Rv.655869 - 01**).

Inoltre, a proposito della natura del diritto del patrocinatore distrattario, con **Sez. 6 - 2, n. 8436/2019, Tedesco, Rv. 653387 – 01** il S.C. ha ritenuto che ai fini

della distrazione delle spese di giudizio e degli onorari è sufficiente a radicare tale diritto che il difensore, sulla base di regolare procura, dichiara di avere anticipato le spese, senza ricevere gli onorari, né il giudice ha titolo per interloquire su tale affermazione trattandosi di un diritto proprio e autonomo del difensore verso il cliente con la conseguenza che quest'ultimo non può opporgli, in compensazione, l'eventuale credito vantato nei confronti della parte vittoriosa.

La dichiarazione del distrattario, secondo **Sez. 6 - 1, n. 16244/2019, Di Marzio M., Rv. 654714 – 01**, può provenire anche per i precedenti gradi di giudizio da un solo difensore munito di procura in favore dei codifensori, come ipotesi di sostituzione processuale, per gli onorari non riscossi e le spese che dichiara di avere anticipato, agendo il difensore che chiede la distrazione anche per gli altri difensori dello stesso cliente in nome e per conto proprio, quanto agli onorari e le spese che gli spettano, ed in nome proprio e per conto altrui, per gli onorari e le spese degli altri difensori; tuttavia, la distrazione può essere disposta se sia stata chiesta all'interno del singolo grado, dovendosi escludere che la distrazione delle spese di un determinato grado sia domandata per la prima volta in un grado successivo. (Nella specie, la S.C. ha respinto la domanda di distrazione avanzata in sede di legittimità dal difensore con riguardo all'attività prestata dal precedente difensore nei gradi di merito, nei quali la distrazione non risultava essere stata richiesta).

4. Responsabilità processuale cd. aggravata.

Come noto, l'art. 96 c.p.c. descrive la responsabilità aggravata come responsabilità che sorge dall'azione o dalla resistenza in giudizio ritenuta abusiva in base ai primi due commi dall'art. 96 c.p.c., secondo il modello della responsabilità aquiliana (all'art. 2043 c.c.) di cui le due fattispecie possono considerarsi apparentate e specificate, ossia intese come aggravamento dell'ipotesi base, conformemente alla denominazione della rubrica dell'articolo citato.

Infatti, perché si possa parlare di responsabilità aggravata, occorre andare oltre il rapporto di causalità materiale che condanna la parte soccombente alle spese di giudizio, ma si deve fare riferimento ad uno specifico elemento soggettivo che individui la temerarietà della condotta quanto all'instaurazione o alla resistenza nella lite, ossia la colpa grave o la mala fede (art. 96, 1° c.p.c.) deducibili con l'istanza della parte che ne chieda l'incidentale accertamento.

Ne consegue che la parte vincitrice non potrà ottenere il risarcimento se non dimostri uno di questi elementi nonché l'esistenza del pregiudizio patito e la disposizione citata fa intendere che questa forma di ristoro è esclusa nel caso di compensazione delle spese di giudizio.

Ciò premesso in punto di condotte sintomatiche dello stato soggettivo di colpa grave secondo il vecchio testo dell'art. 385 comma 4, poi novellato dalla l. n. 69 del 2009, ai fini della sussistenza della responsabilità aggravata **Sez. 6 - 3, n. 17814/2019, Rossetti, Rv. 654845 – 01** ha ritenuto che in tema di responsabilità per lite temeraria nel giudizio di cassazione, l'art. 385, comma 4, c.p.c. (applicabile *ratione temporis*) richiede la sussistenza, quanto meno, della colpa grave, della quale, in caso di soccombenza della parte ricorrente, costituisce di per sé indice la proposizione di un ricorso dai contenuti estremamente distanti dal diritto vivente e dai precetti del codice di rito, come costantemente e pacificamente interpretati dalle Sezioni Unite. A conferma di questo orientamento **Sez. 5, n. 14035/2019, Fanticini, Rv. 654111 - 01** ha precisato che la proposizione di un ricorso per cassazione in palese violazione dell'art. 366 c.p.c., tale da concretare un errore grossolano del difensore nella redazione dell'atto, giustifica la condanna della parte - che risponde delle condotte del proprio avvocato ex art. 2049 c.c. - al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c..

Sez. 1, n. 32029/2019, Campese, Rv. 655961 – 01, ponendosi in linea di discontinuità da un precedente orientamento, ha affermato che la domanda di risarcimento danni ex art. 96, commi 1 e 2, c.p.c. deve essere formulata necessariamente nel giudizio che si assume temerariamente iniziato o contrastato, non potendo essere proposta in via autonoma, riguardando un'attività processuale che, come tale, va valutata nel giudizio presupposto da parte del medesimo giudice, anche per esigenze di economia processuale e per evitare pronunce contraddittorie nei due giudizi. Tuttavia, come precisato da Sez. 6-2, n. 27715/2018, Carrato, Rv. 650944-01, l'istanza di condanna per responsabilità aggravata ex art. 96, comma 1, c.p.c. può essere proposta anche nel giudizio di legittimità, purché essa sia formulata, a pena di inammissibilità, nel controricorso.

In senso parzialmente difforme si erano espresse Sez. 3, n. 19179/2018, Rubino, Rv. 649732 – 01 e Sez. 3, n. 25862/2017, Graziosi, Rv. 646030 – 01, affermando che l'azione di risarcimento danni ex art. 96, commi 1 e 2, c.p.c. è proponibile in un giudizio separato ed autonomo, rispetto a quello in cui si è verificato l'abuso, ove il danneggiato allega e provi che tale scelta sia dipesa, non già da una sua mera inerzia, ma da un interesse specifico a non proporre la relativa domanda nello stesso giudizio che ha dato origine all'altrui responsabilità aggravata, interesse che deve essere valutato nel caso concreto per accertarne l'effettiva esistenza ed escludere che sia illegittimo o abusante.

In tema di parametri equitativi del risarcimento da responsabilità **Sez. 3 - , n. 17902/2019, Positano, Rv. 654437 – 01** ha precisato che l'equitativo ristoro non può essere rapportato unicamente all'indennizzo da irragionevole durata del

processo di cui alla legge n. 89 del 2001, in quanto esso è commisurato al solo ritardo della giustizia e pertanto non consente di valutare il comportamento processuale del soccombente alla luce del principio di lealtà e probità ex art. 88 c.p.c., laddove la funzione prevalente della condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c. è punitiva e sanzionatoria, potendo essere calibrata su una frazione o un multiplo delle spese di lite con l'unico limite della ragionevolezza.

A corredo della fattispecie in esame il comma 3 dell'articolo 96 c.p.c. prevede un ulteriore potere ufficioso del giudice che, a prescindere dalla richiesta della parte, può condannare la parte soccombente a favore di quella vincitrice di una somma equitativamente determinata (*punitive damages*), come misura deflattiva di un ricorso indiscriminato ed irragionevole alla giustizia

A questo proposito **Sez. 6 - 3, n. 29812/2019, Positano, Rv. 656160 - 01** ha chiarito che la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., configura una sanzione di carattere pubblicistico, autonoma ed indipendente rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata ex art. 96, commi 1 e 2, c.p.c., e con queste cumulabile, volta alla repressione dell'abuso dello strumento processuale; la sua applicazione, pertanto, non richiede, quale elemento costitutivo della fattispecie, il riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, bensì di una condotta oggettivamente valutabile alla stregua di «abuso del processo», quale l'aver agito o resistito pretestuosamente. Costituisce, perciò, una forma di abuso del diritto di impugnazione che giustifica la condanna ai sensi dell'art. 96, comma 3 c.p.c. la proposizione di un ricorso per cassazione basato su motivi manifestamente incoerenti con il contenuto della sentenza impugnata o completamente privo di autosufficienza oppure contenente una mera complessiva richiesta di rivalutazione nel merito della controversia o, ancora, fondato sulla deduzione del vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., ove sia applicabile, *ratione temporis*, l'art. 348-ter, comma 5, c.p.c., che ne esclude la invocabilità; in tali ipotesi, infatti, come precisato da **Sez. 3 - , n. 5725/2019, Di Florio, Rv. 652838 - 02**, si determina uno sviamento del sistema giurisdizionale dai suoi fini istituzionali ed un ingiustificato aumento del contenzioso che ostacolano la ragionevole durata dei processi pendenti e il corretto impiego delle risorse necessarie per il buon andamento della giurisdizione. (Nella specie, la S.C. ha condannato la ricorrente al pagamento, in favore della controparte, in aggiunta alle spese di lite, della somma equitativamente determinata, pari, all'incirca, alla metà del massimo dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa, per aver proposto ricorso fondato su motivi in parte palesemente inammissibili, in quanto tendenti ad ottenere una rivalutazione del merito della controversia, ed in parte manifestamente infondati, segnatamente con riferimento alla censura relativa alla possibilità di attribuire efficacia confessoria alle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio formale).

CAPITOLO IX

IL PROCESSO LITISCONSORTILE

(DI GIUSEPPE NICASTRO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: casistica. - 2.1. Diritti reali. - 2.2. Diritto di brevetto. - 2.3. Comunione legale tra coniugi. - 2.4. Lavoro e previdenza. - 2.5. Persone, famiglia e successioni. - 2.6. Contratti. - 2.7. In particolare, assicurazioni contro i danni. - 2.8. Azione revocatoria. - 2.9. Espropriazione forzata e opposizioni all'esecuzione. - 2.10. Procedure concorsuali. - 2.11. Successione nel processo - 3. Integrazione del contraddittorio e regime degli atti processuali compiuti prima di essa. - 4. Svolgimento del processo litisconsortile. - 5. Litisconsorzio necessario in fase di gravame. - 5.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione. - 6. Conseguenze del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame. - 7. Bilanciamento tra l'esigenza di rilevare in sede di impugnazione il difetto di integrità del contraddittorio e quella di garantire la ragionevole durata del processo. - 8. Litisconsorzio facoltativo.

1. Premessa.

L'art. 102 c.p.c. contiene, come è noto, una “norma in bianco” che l'interprete è chiamato a riempire individuando le ipotesi in cui, al di là dei casi in cui è la legge stessa a prevedere la necessità della partecipazione di più parti al processo, «la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti».

Se, sul piano astratto, è stato da tempo chiarito che il litisconsorzio necessario – che determina l'inscindibilità della causa e, quindi, la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei litisconsorti eventualmente pretermessi – ricorre, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, anche in ragione della «particolare natura o configurazione del rapporto giuridico dedotto in giudizio, che implichi, cioè, una situazione strutturalmente comune ad una pluralità di soggetti, in guisa tale che la decisione su di essa non potrebbe conseguire il proprio scopo [se] non sia resa nei confronti di tutti questi soggetti» (Sez. 1, n. 04720/2003, Carbone, Rv. 481970-01), non vi è dubbio che la concreta individuazione di tali rapporti passi attraverso l'elaborazione della giurisprudenza, in ultima istanza, di quella di legittimità. Da ciò l'essenzialità di una puntuale analisi casistica di questa.

Uno sguardo parimenti attento necessita lo sviluppo giurisprudenziale sulla disciplina del litisconsorzio nelle fasi di gravame, la quale affronta la diversa questione della determinazione dei soggetti che debbono partecipare al giudizio di impugnazione quando la sentenza impugnata è stata pronunciata nei confronti di più di due parti.

Infine, verrà esposta la giurisprudenza della Corte sul tema del litisconsorzio facoltativo, in cui la legge (art. 103 c.p.c.) consente, ma non impone, la contemporanea partecipazione di più parti, dal lato attivo e/o passivo, nel medesimo processo.

2. Ipotesi di litisconsorzio necessario: casistica.

Di seguito, quindi, una rassegna delle pronunce della Corte che, al di là dei casi in cui è la legge stessa a prevedere la necessità della partecipazione di più parti al processo, interpretando la “norma in bianco” dell’art. 102 c.p.c., hanno ravvisato (o no) fattispecie in cui «la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti».

2.1. Diritti reali.

Con riguardo, anzitutto, alle ipotesi di comunione dei diritti reali e di condominio, la necessità del litisconsorzio è stata ravvisata da **Sez. 2, n. 23564/2019, Abete, Rv. 655354-01** nell’ipotesi di azione diretta alla demolizione di un bene di proprietà comune a più persone, la quale, pertanto, deve essere necessariamente proposta nei confronti di tutte le stesse. Ne consegue che, qualora nel giudizio di primo grado sia mancata l’integrazione del contraddittorio nei confronti degli interessati non citati a comparire, il giudice di appello deve rimettere la causa al primo giudice, ai sensi dell’art. 354, primo comma, c.p.c., per la riassunzione del giudizio nei confronti di costoro (in senso conforme, Sez. 2, n. 01158/1999, Pontorieri, Rv. 523134-01).

In continuità con Sez. 2, n. 06162/2006, Migliucci, Rv. 587053-01 e con Sez. 2, n. 01050/1999, Spadone, Rv. 523027-01, **Sez. 6 - 2, n. 05125/2019, Cosentino, Rv. 652796-01**, ha ribadito che, poiché la promessa di vendita di un bene in comunione (considerato dalle parti come un *unicum* inscindibile) ha come contenuto un’obbligazione indivisibile, l’adempimento e l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere il contratto, ai sensi dell’art. 2932 c.c., devono essere chiesti nei confronti di tutti i promittenti venditori. Si configura, dunque, un litisconsorzio necessario, stante l’impossibilità che gli effetti del contratto non concluso si producano nei riguardi di alcuni soltanto dei soggetti del preliminare.

In tema di condominio e con riferimento al giudizio di rivendica di un bene condominiale, **Sez. 2, n. 10745/2019, Giannaccari, Rv. 653562-01**, ha chiarito le differenti conseguenze che derivano, in punto di litisconsorzio, dalla proposizione, da parte di un condomino convenuto, rispettivamente, di un’eccezione o di una domanda riconvenzionali. Nel caso di proposizione di un’eccezione riconvenzionale di usucapione, al fine limitato di paralizzare la pretesa avversaria, non si configura un’ipotesi di litisconsorzio necessario in relazione ai restanti comproprietari, in quanto tale eccezione, che pure amplia il *thema decidendum*, si risolve in un accertamento *incidenter tantum*, destinato a valere soltanto fra le parti. Invece, nel caso di domanda riconvenzionale di usucapione, il contraddittorio va

esteso a tutti i condòmini perché l'azione è diretta a ottenere un effetto di giudicato esteso a questi ultimi.

L'esistenza di un litisconsorzio necessario è stata esclusa da **Sez. 2, n. 11770/2019, Abete, Rv. 653806-01**, nel caso di azione di regolamento di confini quando i fondi confinanti appartengono a più comproprietari, ipotesi nella quale ciascuno di essi è quindi legittimato ad agire o a resistere senza l'intervento degli altri. La necessità del litisconsorzio si ravvisa tuttavia nel caso in cui alla domanda di regolamento di confini, diretta a ottenere una sentenza dichiarativa, si accompagni la richiesta di rilascio o di riduzione in pristino della parte di fondo che si ritiene usurpata in conseguenza dell'incertezza oggettiva o soggettiva dei confini (in senso conforme, Sez. 2, n. 27041/2014, Migliucci, Rv. 628801-01).

L'integrazione del contraddittorio non è necessaria neppure nel caso domanda di risarcimento dei danni da fatto illecito del terzo (nella specie, la realizzazione di un manufatto abusivo sul fondo confinante) esperita da uno dei comproprietari, in quanto tale domanda, pur riguardando anche gli altri comproprietari, configura un'azione a tutela della proprietà comune che non implica l'accertamento della titolarità del proprio o dell'altrui diritto di proprietà (**Sez. 3, n. 29506/2019, Gorgoni, Rv. 655832-01**).

Va segnalata una pronuncia in tema di cd. supercondominio. **Sez. 2, n. 02279/2019, Fortunato, Rv. 652511-01**, ha anzitutto delineato i contorni di questo e dei relativi poteri di gestione, chiarendo che il cd. supercondominio viene in essere *ipso iure et facto*, ove il titolo non disponga altrimenti, in presenza di beni o servizi comuni a più condòmini autonomi, dai quali rimane, tuttavia, distinto e che il potere degli amministratori di ciascun condominio di compiere gli atti indicati negli artt. 1130 e 1131 c.c. è limitato, quindi, alla facoltà di agire o di resistere in giudizio con riferimento ai soli beni comuni all'edificio amministrato e non a quelli che fanno parte del complesso immobiliare composto da più condòmini, il quale deve essere gestito attraverso le deliberazioni e gli atti assunti dai propri organi, quali l'assemblea di tutti i proprietari e l'amministratore del cd. supercondominio. Ciò premesso, la Corte ne ha tratto la conseguenza che, qualora quest'ultimo amministratore non sia stato nominato, la rappresentanza processuale passiva compete, in via alternativa, a un curatore speciale scelto *ex art. 65 disp. att. c.c.* o al titolare di un mandato *ad hoc* conferito dai comproprietari ovvero, in mancanza, a tutti i titolari delle porzioni esclusive ubicate nei singoli edifici. La Corte ha quindi cassato la pronuncia del giudice di merito che, in un giudizio volto a ottenere la costituzione di una servitù coattiva di passaggio su una strada interna, comune a due condòmini, aveva ritenuto sufficiente la chiamata in giudizio dei loro amministratori e non pure dei condòmini.

Con riferimento al giudizio avente a oggetto l'usucapione di beni immobili, **Sez. 3, n. 29325/2019, D'Arrigo, Rv. 655793-01**, ha affermato che il creditore garantito

da ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione della domanda è litisconsorte necessario in quanto è titolare di un diritto reale, risultante dai pubblici registri e opponibile *erga omnes*, di cui l'usucapione produce l'estinzione. Pertanto, la sentenza resa in pretermissione di detto creditore non spiega effetti nei suoi confronti e può essere apprezzata quale mero elemento di prova nell'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 619 c.p.c. promossa dall'usucapente avverso l'espropriazione dello stesso bene immobile. Si segnala che tale principio è stato enunciato nell'interesse della legge *ex art.* 363, comma 3, c.p.c.

Riguardo all'usufrutto, si segnalano due pronunce, che hanno entrambe affermato la legittimazione del nudo proprietario escludendo il litisconsorzio necessario con l'usufruttuario.

In particolare, in tema di riduzione in pristino di opere illegittime per violazione delle distanze legali, **Sez. 2, n. 05147/2019, Fortunato, Rv. 652702-01**, ha affermato che la domanda di arretramento della costruzione realizzata dall'usufruttuario dell'immobile deve essere proposta nei soli confronti del nudo proprietario, potendo il titolare del diritto reale di godimento, al più, intervenire in giudizio, in via adesiva, ai sensi dell'art. 105, comma 2, c.p.c. Ne consegue che l'attore, rimasto soccombente per avere agito contro l'usufruttuario, non può dolersi della mancata chiamata in causa del nudo proprietario da parte del giudice, perché, da un lato, non sussiste litisconsorzio necessario tra l'usufruttuario e il nudo proprietario e, dall'altro lato, l'ordine di intervento ai sensi dell'art. 107 c.p.c. è espressione di un potere discrezionale, incensurabile sia in appello sia in sede di legittimità.

In tema di azione confessoria o negatoria a tutela del fondo gravato dall'usufrutto, **Sez. 2, n. 20040/2019, Sabato, Rv. 654976-01**, ha asserito che, quando essa sia promossa dal (o contro il) nudo proprietario, non è necessaria la partecipazione al giudizio dell'usufruttuario del fondo passivamente o attivamente gravato dalla servitù, non sussistendo i presupposti per l'applicazione analogica dell'art. 1012, comma 2, c.c. Infatti, l'onere di chiamare in giudizio il nudo proprietario, posto da tale disposizione a carico dell'usufruttuario che intenda esercitare l'azione confessoria o negatoria a tutela del fondo gravato dall'usufrutto, trae la sua giustificazione dal particolare contenuto, assai ristretto nel tempo e nelle facoltà, che caratterizza l'estensione di tale diritto nei confronti della proprietà e dalla correlativa esigenza di evitare la formazione di giudicati la cui inopponibilità al nudo proprietario, derivante dalla sua mancata partecipazione al giudizio, contrasterebbe con la finalità di accertare una *conditio* o *qualitas fundi* cui i giudicati stessi sono preordinati, esigenza che non ricorre, invece, nella diversa ipotesi in cui le suddette azioni siano promosse dal (o contro il) nudo proprietario.

Con riguardo alle servitù, si segnalano due pronunce, che hanno peraltro entrambe escluso la necessità del litisconsorzio nelle ipotesi, rispettivamente, di *actio confessoria* a tutela di una servitù di passaggio che attraversi più fondi e di *actio negatoria* esperita dal proprietario del fondo servente nel caso di servitù con identico contenuto a favore di fondi diversi.

Più specificamente, **Sez. 2, n. 13818/2019, Cosentino, Rv. 654077-01**, ha statuito che l'*actio confessoria* di una servitù di passaggio che attraversa più fondi, avendo lo scopo di accertare l'esistenza del rapporto di servitù contestato, deve essere proposta solo nei confronti del proprietario del fondo aggravato che contesti l'esistenza della servitù, senza che vi sia la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei proprietari degli altri fondi che non contestino la servitù e non pongano impedimento al suo esercizio.

Sez. 2, n. 24724/2019, Abete, Rv. 655258-01, ha asserito che, nel caso di servitù che, pur avendo lo stesso contenuto, siano distinte, perché poste a servizio di fondi diversi, non è ravvisabile alcun litisconsorzio necessario tra i relativi titolari rispetto all'*actio negatoria* esperita contro alcuno di essi dal proprietario del fondo servente, e ciò anche se questi domandi di essere autorizzato a eseguire nel suo fondo opere che impediscano l'esercizio dell'attività comune alle diverse servitù.

2.2. Diritto di brevetto.

In materia di diritto di brevetto, **Sez. 1, n. 05963/2019, L. Tricomi, Rv. 653114-01**, ha affermato che la figura dell'inventore assume rilievo nelle vicende processuali del brevetto, quale litisconsorte necessario, solo ove egli sia diventato, nell'esercizio delle sue facoltà, titolare originario del "diritto sul brevetto", acquisendo così i diritti patrimoniali conseguenti alla brevettazione, anche se per un arco temporale limitato, avendo successivamente ceduto tali diritti a terzi, ma non nel caso in cui, non avendo proceduto alla brevettazione, abbia ceduto a terzi il "diritto al brevetto". Con tale pronuncia – resa nell'ambito di un procedimento volto all'accertamento della nullità della frazione italiana di un brevetto europeo per invenzione – la Corte, in applicazione del principio esposto, ha statuito che non è litisconsorte necessario nel giudizio l'inventore che però non abbia proceduto alla registrazione del brevetto, avendo ceduto il suo diritto a terzi, che hanno poi provveduto alla registrazione.

Nell'interpretare l'art. 122, comma 4, del d.lgs. n. 30 del 2005, come modificato dall'art. 54 del d.lgs. n. 131 del 2010, **Sez. 1, n. 31932/2019, Marulli, Rv. 655956-01**, ha chiarito che detta disposizione va intesa nel senso che l'azione di decadenza o di nullità di un titolo di proprietà industriale ivi prevista deve essere esercitata nel contraddittorio di tutti coloro che risultano annotati nel registro quali «aventi

diritto», senza che l'aggiunta «in quanto titolari di esso», introdotta dal citato d.lgs. n. 131 del 2010, comporti l'esclusione di coloro che abbiano ceduto i diritti sul titolo, trattandosi pur sempre di soggetti iscritti nel registro «in quanto titolari», con la conseguente insussistenza di ogni irragionevole disparità di trattamento tra titolari attuali e originari del brevetto, portatori anch'essi di interessi patrimoniali qualificati e dipendenti dalla validità di quest'ultimo, i quali, diversamente, resterebbero vulnerati da una declaratoria di nullità o di decadenza resa a conclusione di un giudizio di cui non abbiano avuto conoscenza pur essendo annotati nel registro.

2.3. Comunione legale tra coniugi.

In conformità con Sez. U, n. 17952/2007, Settimj, Rv. 598342-01, **Sez. 2, n. 08040/2019, Falaschi, Rv. 653029-01**, ha ribadito che, nel caso di domanda di esecuzione in forma specifica, *ex* art. 2932 c.c., di un contratto preliminare stipulato da un promittente venditore sposato in regime di comunione legale dei beni senza il consenso dell'altro coniuge, quest'ultimo, essendo comproprietario per l'intero della cosa, deve considerarsi litisconsorte necessario nel relativo giudizio, con la conseguenza che, qualora in appello non siano state rilevate, anche di ufficio, la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del tale coniuge pretermesso e, quindi, la nullità del processo svolto, la decisione emessa va cassata con rinvio al giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c.

2.4. Lavoro e previdenza.

Una prima significativa pronuncia ha riguardato l'accertamento della cd. codatorialità. **Sez. L, n. 06664/2019, Marchese, Rv. 653193-01**, ha statuito che, nel caso di domanda del lavoratore diretta ad accertare un rapporto plurisoggettivo cd. di codatorialità, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., è necessaria l'estensione del contraddittorio a tutti i soggetti individuati quali contitolari del rapporto di lavoro, in quanto il lavoratore agisce per l'accertamento, con efficacia di giudicato, di un unico centro di imputazione dal lato passivo del rapporto, e non per affermarne l'esistenza con l'unico datore di lavoro effettivo, e negarlo con quello apparente; ipotesi, quest'ultima, diversa in quanto l'accertamento negativo del rapporto fittizio con il datore di lavoro interposto è conosciuta dal giudice in via soltanto incidentale.

Altre quattro pronunce hanno riguardato la materia della riscossione dei contributi previdenziali mediante iscrizione a ruolo.

Due di esse, **Sez. 1, n. 13929/2019, Amatore, Rv. 654264-01**, e **Sez. 1, n. 24589/2019, Micolino, Rv. 655338-01**, hanno affermato il medesimo principio secondo cui, nel caso, appunto, di riscossione dei contributi previdenziali mediante iscrizione a ruolo, si deve escludere la configurabilità di un litisconsorzio necessario

tra l'ente creditore e il concessionario del servizio di riscossione qualora il giudizio sia promosso da quest'ultimo o nei confronti dello stesso, non assumendo a tal fine alcun rilievo che la domanda (proposta, in entrambi i casi, con l'opposizione allo stato passivo fallimentare) abbia a oggetto non la regolarità o la ritualità degli atti esecutivi ma l'esistenza stessa del credito, atteso che l'eventuale difetto del potere di agire o di resistere in ordine a tale accertamento comporta l'insorgenza solo di una questione di legittimazione, la cui soluzione non impone la partecipazione al giudizio dell'ente creditore. La chiamata in causa di quest'ultimo, prevista dall'art. 39 del d.lgs. n. 112 del 1999, dev'essere pertanto ricondotta all'art. 106 c.p.c. ed è, come tale, rimessa all'esclusiva valutazione discrezionale del giudice del merito, il cui esercizio non è censurabile né sindacabile in sede d'impugnazione.

La terza pronuncia, **Sez. L, n. 05625/2019, Bellé, Rv. 652893-01**, ha escluso che l'agente della riscossione sia litisconsorte necessario nella controversia avente a oggetto esclusivamente il diritto di credito contributivo (nella specie, decadenza per tardiva iscrizione a ruolo, sussistenza del credito e sua estinzione per avvenuto pagamento), in quanto l'eventuale annullamento della cartella per vizi sostanziali produce comunque effetti *ultra partes* verso l'agente, senza necessità che questi abbia partecipato al processo.

La quarta pronuncia, **Sez. L, n. 16425/2019, Mancino, Rv. 654476-01**, ha asserito che, nel giudizio proposto dal debitore con le forme dell'opposizione all'esecuzione per l'accertamento negativo del credito risultante dall'estratto di ruolo, lamentando la mancata notifica della cartella esattoriale o dell'avviso di addebito senza tuttavia far valere vizi dell'azione esecutiva, non è configurabile un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra l'ente creditore e il concessionario del servizio di riscossione, dovendosi attribuire alla chiamata in causa del concessionario prevista dall'art. 24, comma 5, del d.lgs. n. 46 del 1999, il valore di una mera *litis denuntiatio*, intesa a rendere nota la pendenza della controversia ed estendere gli effetti del futuro giudicato; né trova applicazione l'art. 39 del d.lgs. n. 112 del 1999, trattandosi di norma eccezionale che prevede a carico del concessionario l'onere di chiamare in causa l'ente creditore solo quando si discuta di vizi formali degli atti esecutivi e, al contempo, del merito della pretesa creditoria. Nella specie, relativa a una ipotesi in cui il debitore, ottenuto il rilascio dell'estratto di ruolo dall'agente della riscossione, aveva evocato in giudizio solo quest'ultimo e aveva chiesto dichiararsi l'avvenuta prescrizione della pretesa contributiva dell'ente previdenziale, senza lamentare l'invalidità di alcun atto esecutivo, la Corte ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato la domanda per difetto di legittimazione passiva, senza ravvisare la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dell'ente.

In materia di impiego pubblico, in particolare, di procedure selettive, **Sez. L, n. 30425/2019, Torrice, Rv. 655872-01**, ha affermato che, nell'ambito di un giudizio ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 198 del 2006, promosso da un lavoratore che invochi l'attribuzione di un punteggio superiore rispetto a quello effettivamente ricevuto, per ragioni discriminatorie, in una procedura selettiva, vi è l'obbligo di integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri concorrenti sulla cui posizione in graduatoria l'accoglimento della domanda è suscettibile di incidere. Né la necessaria partecipazione al giudizio di questi ultimi si può escludere in ragione dell'astratta possibilità di incremento del numero delle posizioni economiche messe a concorso, dovendosi avere riguardo alla procedura selettiva concretamente indetta dal datore di lavoro, sulla base di scelte correlate alle proprie esigenze organizzative e a vincoli di spesa e di bilancio.

In materia di impiego pubblico contrattualizzato, la legittimazione attiva all'azione di ripetizione dell'indebito compete, in forza delle regole proprie della contabilità di Stato, al soggetto che provvede all'erogazione delle retribuzioni ed è titolare del diritto a incassare nella relazione con il percettore del pagamento ricevuto in eccedenza (*id est*: il Ministero delle Finanze), mentre sussiste il litisconsorzio necessario con l'ente datore di lavoro solo qualora sia contestata la sussistenza del debito restitutorio (**Sez. L, n. 29755/2019, Bellé, Rv. 655718-01**).

2.5. Persone, famiglia e successioni.

In ambito personale e familiare, **Sez. U, n. 12193/2019, Mercolino, Rv. 653931-02**, con riguardo alla partecipazione del pubblico ministero, ha affermato che, nel giudizio promosso *ex art.* 67 della l. n. 218 del 1995, avente a oggetto il riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero con il quale sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero e un cittadino italiano, il pubblico ministero riveste la qualità di litisconsorte necessario, in applicazione dell'art. 70, comma 1, n. 3), c.p.c., ma è privo della legittimazione a impugnare, non essendo titolare del potere di azione, neppure ai fini dell'osservanza delle leggi di ordine pubblico.

Con riguardo all'azione di impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento di un figlio nato da genitori non uniti in matrimonio, **Sez. 1, n. 10775/2019, Parise, Rv. 653904-01**, ha affermato che l'altro genitore, che pure abbia operato il riconoscimento, è litisconsorte necessario nel giudizio, secondo la regola dettata nell'art. 250 c.c. che pone un principio di natura generale da applicarsi, pertanto, anche nell'ipotesi disciplinata dall'art. 263 c.c., perché l'acquisizione di un nuovo *status* da parte del minore è idonea a determinare una rilevante modifica della situazione familiare, della quale resta in ogni caso partecipe l'altro genitore.

In ambito successorio, **Sez. 2, n. 21510/2019, Carrato, Rv. 655232-01**, si è pronunciata sul litisconsorzio necessario espressamente previsto dall'art. 784 c.p.c., chiarendo, in particolare, che il giudizio di divisione *mortis causa* deve svolgersi, ai sensi di tale disposizione, con la partecipazione di tutti i condividenti, la cui qualità di litisconsorti necessari permane in ogni stato e grado del processo, indipendentemente dall'attività e dal comportamento processuale di ciascuna parte. La Corte ha quindi rimesso gli atti al giudice di primo grado, a norma dell'art. 354, comma 1, c.p.c., in quanto tale grado di lite, nonché il successivo giudizio di gravame, si erano svolti senza la partecipazione necessaria di due condividenti, illegittimamente estromessi in prime cure a seguito della rinuncia agli atti del giudizio a opera dell'attore, seguita dall'accettazione degli interessati.

Secondo **Sez. 2, n. 08575/2019, Fortunato, Rv. 653298-02**, nelle cause che hanno a oggetto l'impugnazione di un testamento (nella specie, con querela di falso) sono parti necessarie, oltre agli eredi istituiti dal *de cuius*, anche tutte le persone che gli succederebbero per legge, in seguito alla caducazione dell'atto di ultima volontà, attesa l'unitarietà del rapporto dedotto in giudizio, che non potrebbe rimanere regolato, in caso di accoglimento della domanda, dal testamento per alcuni e dalla legge per altri.

2.6. Contratti.

Con riferimento al recesso di cui all'art. 1385, comma 2, c.c., **Sez. 2, n. 02969/2019, Bellini, Rv. 652577-01**, ha anzitutto chiarito che esso costituisce uno speciale strumento di risoluzione di diritto del contratto, collegato alla pattuizione di una caparra confirmatoria, analogo a quelli previsti dagli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c., che ha in comune con la risoluzione giudiziale non solo i presupposti (l'inadempimento di non scarsa importanza della controparte), ma anche le conseguenze (la caducazione *ex tunc* degli effetti del contratto). Da ciò la conseguenza che l'azione finalizzata all'accertamento della legittimità del predetto recesso da un contratto con più parti deve essere esperita, similmente a quella di risoluzione giudiziale, nei confronti di tutti i contraenti, quali litisconsorti necessari, poiché un contratto unico non può divenire inefficace per alcuni dei soggetti che vi hanno partecipato e rimanere in vita per altri.

Con riguardo alla stipulazione di un contratto preliminare di preliminare, avente a oggetto la vendita di un bene in comunione *pro indiviso*, **Sez. 3, n. 06727/2019, Guizzi, Rv. 653252-01**, ha asserito che sussistono i presupposti dell'obbligazione solidale passiva, cosicché la domanda di risarcimento del danno per inadempimento può essere proposta dal promissario acquirente nei confronti anche di uno solo dei comproprietari, perché non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Nella

specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la sussistenza del litisconsorzio necessario con riferimento alla domanda risarcitoria proposta dai promissari acquirenti nei confronti di uno solo dei comproprietari dell'immobile, il quale aveva concluso il relativo contratto preliminare di preliminare sia in proprio, sia quale rappresentante degli altri comproprietari, in forza di procura speciale da questi ultimi ricevuta.

Con riguardo alla cessione del contratto ai sensi degli art. 1406 e seguenti c.c., **Sez. 3, n. 30525/2019, Di Florio, Rv. 655972-01**, ha statuito che, poiché essa configura un negozio plurilaterale, per il cui perfezionamento occorre la partecipazione di tutti e tre i soggetti interessati (il cedente, il cessionario e il contraente ceduto), ove il giudizio abbia a oggetto l'accertamento con efficacia di giudicato di detto negozio vi è fra tali soggetti litisconsorzio necessario. Qualora, invece, in una controversia promossa dal cessionario contro il contraente ceduto per l'adempimento della prestazione avente titolo nel contratto, il giudice debba accertare in via meramente incidentale e con effetto di giudicato limitato alle parti in causa la conclusione del negozio in considerazione, il litisconsorzio necessario non sussiste.

2.7. In particolare, assicurazioni contro i danni.

Con riguardo all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile da circolazione dei veicoli a motore, **Sez. 3, n. 25770/2019, Di Florio, Rv. 655374-01**, in continuità con Sez. U, n. 10311/2006, Lo Piano, Rv. 588600-01, ha affermato che, nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti dell'assicuratore di detta responsabilità, il responsabile del danno, che deve essere chiamato nel giudizio sin dall'inizio, assume la veste di litisconsorte necessario, perché la controversia deve svolgersi in maniera unitaria tra i tre soggetti del rapporto processuale (danneggiato, assicuratore e responsabile del danno) e coinvolge inscindibilmente sia il rapporto di danno, originato dal fatto illecito dell'assicurato, sia quello assicurativo, con la conseguenza che il giudizio deve necessariamente concludersi con una decisione uniforme per tutti i soggetti che vi partecipano. Pertanto, con riguardo alle dichiarazioni confessorie rese dal responsabile del danno, va escluso che, nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 18 della l. n. 990 del 1969, sia nel caso in cui sia stata proposta soltanto l'azione diretta sia ove sia stata avanzata anche la domanda di condanna nei confronti del responsabile del danno, si possa pervenire a un differenziato giudizio di responsabilità in base alle predette dichiarazioni, in ordine ai rapporti tra responsabile e danneggiato, da un lato, e danneggiato e assicuratore dall'altro. Ne consegue che la dichiarazione confessoria, contenuta nel modulo di constatazione amichevole del sinistro, resa dal responsabile del danno proprietario

del veicolo assicurato e litisconsorte necessario, non ha valore di piena prova nemmeno nei confronti del solo confitente, ma deve essere liberamente apprezzata dal giudice, in applicazione dell'art. 2733, comma 3, c.c.

Va poi segnalata una pronuncia in tema di coassicurazione. **Sez. 3, n. 21848/2019, Frasca, Rv. 655366-01**, ha chiarito che, in tale caso, ciascun assicuratore è contrattualmente obbligato nei limiti della quota di sua pertinenza, sussistendo plurime obbligazioni parziarie anche nel caso in cui il contratto sia formalmente unico. Ne consegue che, ove la domanda sia proposta nei confronti di un solo assicuratore, proprio per l'esistenza di separati rapporti assicurativi, deve escludersi la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri, come pure la possibilità per questi ultimi di avvalersi del giudicato intervenuto nei confronti dell'assicuratore convenuto in giudizio (nella specie, la Corte ha ritenuto che la decisione sulla validità della clausola *claims made*, adottata nei confronti di uno degli assicuratori, non potesse essere estesa agli altri, in ragione della parziarietà dell'obbligazione di ciascuno).

2.8. Azione revocatoria.

In tema di azione revocatoria, **Sez. 3, n. 13593/2019, Di Florio, Rv. 654200-02**, ha affermato che il creditore che agisca in giudizio evocando, come litisconsorti necessari, la società debitrice alienante e quella acquirente ha diritto a integrare il contraddittorio nei confronti dei soci della prima al fine di conseguire un titolo esecutivo, per un credito insorto *pendente societate*, anche dopo la sua estinzione, ove il contraddittorio sia stato instaurato correttamente nei confronti di entrambe le società ma quella alienante si sia estinta con cancellazione dal registro delle imprese anche in data antecedente alla notifica dell'atto di citazione. La Corte ha chiarito che i soci succedono alla società estinta e assumono la veste di legittimati passivi, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti nel corso dell'attività e nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente; di conseguenza, il giudice, ove verifichi l'estinzione di una delle società litisconsorti, è tenuto, in ogni stato e grado del giudizio, a fissare un termine per la corretta instaurazione del contraddittorio nei confronti dei soci.

2.9. Espropriazione forzata e opposizioni all'esecuzione.

Nell'accertamento dell'obbligo del terzo, come disciplinato a seguito delle modifiche apportate agli artt. 548 e 549 c.p.c., secondo **Sez. 3, n. 26329/2019, D'Arrigo, Rv. 655382-01**, il debitore esecutato è litisconsorte necessario, in quanto interessato all'accertamento del rapporto di credito oggetto di pignoramento, ancorché la pronuncia non faccia stato nei suoi confronti.

Con riguardo all'espropriazione promossa dal creditore contro il terzo proprietario, nei casi e modi di cui agli artt. 602 e seguenti c.p.c., **Sez. 6-3, n. 04763/2019, Scrima, Rv. 653012-01**, ha chiarito che sono parti tanto il terzo assoggettato all'espropriazione, quanto il debitore, per cui, nel giudizio di opposizione all'esecuzione promosso contro il creditore procedente dal terzo assoggettato all'esecuzione, il debitore, assieme al creditore, assume la veste di legittimo e necessario contraddittore, quale soggetto nei cui confronti l'accertamento della ricorrenza o no dell'azione esecutiva contro il terzo è destinato a produrre effetti immediati e diretti; ne consegue che le sentenze rese in un giudizio di opposizione all'esecuzione promossa nei confronti di beni del terzo in cui non sia stato evocato in causa anche il debitore necessario sono *inutiliter datae* e tale nullità, ove non rilevata dai giudici di merito, va rilevata d'ufficio dal giudice di legittimità, con remissione della causa al giudice di primo grado. La Corte ha precisato che tale principio trova applicazione anche nel caso di fallimento del debitore diretto, dovendo l'opposizione *ex* art. 615 c.p.c. essere in tale ipotesi promossa altresì contro di questi in proprio, per l'eventualità in cui ritorni, o sia ritornato, *in bonis*.

Nelle opposizioni agli atti esecutivi, la necessità di integrare il contraddittorio con tutti i soggetti controinteressati rispetto all'azione spiegata dall'opponente, nel rispetto della regola del litisconsorzio necessario, deve essere verificata, come ha chiarito **Sez. 3, n. 17441/2019, Porreca, Rv. 654355-01**, con riferimento al momento della proposizione della domanda. La Corte ha quindi nella specie escluso che il contraddittorio tra il debitore opponente, il creditore procedente e quelli intervenuti, dovesse essere esteso anche all'aggiudicatario, in quanto l'aggiudicazione era intervenuta dopo la proposizione dell'opposizione.

Nelle cause di opposizione all'esecuzione forzata di crediti erariali mediante iscrizione a ruolo, **Sez. 3, n. 29798/2019, D'Arrigo, Rv. 656156-01**, ha escluso che sussista litisconsorzio necessario fra l'ente creditore e il concessionario del servizio di riscossione, non rilevando che detta opposizione abbia a oggetto non la regolarità o la ritualità degli atti esecutivi, ma l'esistenza stessa del credito, atteso che l'eventuale difetto del potere di agire o di resistere in ordine a tale accertamento comporta l'insorgenza solo di una questione di legittimazione, la cui soluzione non impone la partecipazione al giudizio dell'ente creditore. Infatti, ai sensi dell'art. 39 del d.lgs. n. 112 del 1999, nelle liti che non riguardino esclusivamente la regolarità o la validità degli atti esecutivi e che siano state promosse contro il concessionario, spetta a quest'ultimo procedere alla chiamata in causa dell'ente creditore interessato secondo lo schema di cui all'art. 106 c.p.c.

2.10. Procedure concorsuali.

In tema di concordato preventivo, va segnalata **Sez. 1, n. 24441/2019, Terrusi, Rv. 655308-01**, che ha chiarito che, nel caso di risoluzione e annullamento dello stesso concordato, l'attuale testo dell'art. 137 l. fall. (conseguente alle modifiche apportate dall'art. 9, comma 10, del d.lgs. n. 169 del 2007), cui rinvia l'art. 186 della stessa l. fall., postulando che al procedimento sia chiamato a partecipare anche l'eventuale garante, include quest'ultimo accanto al debitore tra i soggetti del processo, così da concretizzare una fattispecie di litisconsorzio necessario processuale.

2.11. Successione nel processo.

Tra le ipotesi di litisconsorzio necessario processuale vi è anche quella che si determina in seguito alla successione nel processo, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., di una pluralità di eredi.

In proposito, sul versante probatorio, **Sez. 2, n. 19400/2019, Criscuolo, Rv. 654557-01**, ha statuito che, qualora, a seguito della morte di una parte, il processo venga proseguito da un altro soggetto nella dedotta qualità di unico erede del defunto, spetta alla controparte, che eccepisca la non integrità del contraddittorio per l'esistenza di altri coeredi, fornire la relativa prova. Nella specie, la Corte ha rigettato l'eccezione di difetto di contraddittorio sollevata dai ricorrenti solo in sede di legittimità in quanto dagli atti già acquisiti nel giudizio di merito non emergevano gli elementi posti a fondamento della stessa.

3. Integrazione del contraddittorio e regime degli atti processuali compiuti prima di essa.

Nonostante la riunione dei procedimenti non faccia venire meno l'autonomia delle cause riunite nello stesso processo, **Sez. 1, n. 24590/2019, L. Tricomi, Rv. 655488-01**, ha precisato che, tuttavia, allorquando siano stati separatamente convenuti in due giudizi, aventi lo stesso oggetto, soggetti che siano litisconsorti necessari, l'integrazione del contraddittorio in ciascuna delle cause riunite non è più necessaria ove esse siano state trattate unitariamente, mercé la rinnovazione dell'istruttoria eventualmente compiuta nei due procedimenti prima della riunione.

Il principio della nullità degli atti processuali compiuti, prima della integrazione del contraddittorio, nei confronti di un litisconsorte necessario pretermesso opera, come puntualizzato da **Sez. 2, n. 01644/2019, Tedesco, Rv. 652624-02**, anche riguardo all'espletamento di una consulenza tecnica, con la conseguenza che, qualora il predetto litisconsorte eccepisca, nei modi indicati dall'art. 157, comma 2,

c.p.c., un pregiudizio del proprio diritto di difesa, compete al giudice del merito porvi rimedio tramite la rinnovazione della consulenza, non potendo, in difetto, decidere nei confronti del pretermesso sulla base di quella svolta prima della sua costituzione in giudizio.

4. Svolgimento del processo litisconsortile.

Sez. 6-2, n. 02482/2019, Criscuolo, Rv. 652386-03, ha ribadito che la confessione resa da uno dei litisconsorti necessari può essere liberamente apprezzata dal giudice per trarne elementi di convincimento anche nei confronti degli altri, con una valutazione discrezionale che non soggiace al sindacato di legittimità qualora sia motivata (nello stesso senso, **Sez. 3, n. 19963/2005, Perconte Licatesi, Rv. 584469-01**).

5. Litisconsorzio necessario in fase di gravame.

A norma dell'art. 102, comma 2, c.p.c., ai fini della valida instaurazione del processo litisconsortile, è sufficiente la *vocatio in ius* di almeno uno dei litisconsorti necessari, atteso che sarà il giudice a ordinare l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito. Tale regola vale anche nei giudizi di impugnazione, come confermato da **Sez. 6-3, n. 08065/2019, Rubino, Rv. 653796-01**, che ha statuito che l'omessa notificazione dell'impugnazione a un litisconsorte necessario non determina l'inammissibilità del gravame (che conserva, così, l'effetto di impedire il passaggio in giudicato della sentenza impugnata), ma impone al giudice, al fine di evitare una nullità rilevabile anche d'ufficio nei successivi gradi del processo, di disporre l'integrazione del contraddittorio, anche laddove il litisconsorte necessario pretermesso non sia stato neppure indicato nell'atto di impugnazione.

Pertanto, ove non si ottemperi all'ordine di integrazione del contraddittorio, impartito dal giudice di appello, in ragione dell'intervenuta estinzione della società nel momento in cui detto ordine poteva essere eseguito, il gravame non può essere dichiarato inammissibile (**Sez. 3, n. 02551/2019, Porreca, Rv. 652663-02**).

Le Sezioni unite della Corte hanno chiarito che, nel caso in cui, in sede di notificazione dell'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti del contumace, la parte venga a conoscenza della sua morte o della sua perdita della capacità, il termine assegnato dal giudice ai sensi dell'art. 331 c.p.c. è automaticamente interrotto e, in applicazione analogica dell'art. 328 c.p.c., comincia a decorrere un nuovo termine, di durata pari a quella iniziale, indipendentemente dal momento in cui l'evento interruttivo si è verificato. È tuttavia onere della parte notificante riattivare con immediatezza il processo di notificazione, senza necessità

di apposita istanza al giudice *ad quem*. Solo nel caso in cui, per ragioni eccezionali, di cui la stessa parte deve fornire la prova, tale termine risulti insufficiente a individuare le persone legittimate a proseguire il giudizio, è consentito chiedere al giudice la rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2, c.p.c. (**Sez. U, n. 14266/2019, Doronzo, Rv. 654033-01**)

Quanto alla necessità dell'ordine di integrazione del contraddittorio in cause inscindibili, **Sez. 6-3, n. 16858/2019, Dell'Utri, Rv. 654323-01**, ha affermato che esso ha lo scopo di rendere possibile la decisione sul merito, sicché non deve essere disposto dal giudice d'appello quando l'impugnazione sia inammissibile.

Nei giudizi in cui il pubblico ministero ha il potere di impugnazione, **Sez. 1, n. 15714/2019, M. Di Marzio, Rv. 654425-01**, ha statuito che, posto che l'ordine di integrazione del contraddittorio è funzionale all'eventuale proposizione del gravame incidentale, non è necessario disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti del procuratore generale presso la corte d'appello, al quale il ricorso per cassazione non sia stato notificato, ove le richieste del rappresentante dell'ufficio siano state integralmente accolte dalla sentenza impugnata, restando in tal caso soddisfatte le esigenze del contraddittorio dalla presenza in giudizio del procuratore generale presso la Corte di cassazione.

È stato altresì chiarito, da **Sez. 2, n. 12317/2019, Tedesco, Rv. 653810-01**, che, qualora una medesima persona fisica cumuli in sé la qualità di parte, nonché di erede di un altro soggetto, anch'esso parte del precedente grado di giudizio, la legale conoscenza, in proprio, dell'atto di gravame esclude la necessità di provvedere all'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti, quale erede, siccome contraria al principio di ragionevole durata del processo, attesa l'unicità della parte in senso sostanziale. Nella specie, la Corte ha escluso la necessità di rinnovare la notifica del ricorso per cassazione, in relazione all'omesso suo perfezionamento nei confronti dell'erede di una parte rimasta contumace nel giudizio di appello e deceduta anteriormente a detta notifica, per essergli stato tale atto ritualmente notificato in proprio.

Da segnalare ancora **Sez. 2, n. 12795/2019, Casadonte, Rv. 653814-01**, che ha statuito che, qualora taluna delle impugnazioni separatamente proposte da due o più parti soccombenti contro la medesima sentenza non risulti notificata a un litisconsorte necessario, il quale abbia però a sua volta impugnato la decisione, l'obbligatoria riunione delle distinte impugnazioni ai sensi dell'art. 335 c.p.c. esclude che debba ordinarsi l'integrazione del contraddittorio nei confronti del predetto litisconsorte, il quale, per effetto della disposta riunione, è già parte dell'ormai unitario giudizio, e dunque in condizione di contraddire sull'intera materia di lite. Nel confermare la pronuncia di merito, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie

le altre parti avevano già impugnato la decisione ed erano perciò parte del giudizio scaturito dalla riunione.

In materia di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile da circolazione di veicoli a motore, **Sez. 3, n. 11215/2019, Cricenti, Rv. 653592-01**, ha chiarito che, allorché l'assicuratore proponga appello, sia pure limitato al *quantum debeatur*, nei confronti del solo danneggiato, che aveva promosso azione diretta, si impone sempre il litisconsorzio necessario del proprietario del veicolo assicurato, atteso l'evidente interesse di questo a prendere parte al processo allo scopo di influire sulla concreta entità del danno, di cui egli potrebbe rispondere in via di rivalsa verso l'assicuratore.

Riguardo alle ipotesi di litisconsorzio necessario processuale che si determinano quando la presenza di più parti nel giudizio di primo grado deve persistere in sede di impugnazione, **Sez. 6-L, n. 08790/2019, Ghinoy, Rv. 653392-01**, ha chiarito, in linea generale, che l'art. 331 c.p.c., che disciplina il litisconsorzio nelle fasi di gravame, si applica non solo alle fattispecie in cui la necessità del litisconsorzio in primo grado derivi da ragioni di ordine sostanziale, ma anche a quelle di cd. litisconsorzio necessario processuale, che si verificano quando la presenza di più parti nel giudizio di primo grado deve necessariamente persistere in sede di impugnazione, al fine di evitare possibili giudicati contrastanti in ordine alla stessa materia e nei confronti di quei soggetti che siano stati parti del giudizio. Ne consegue che la mancata integrazione del contraddittorio nel giudizio di appello determina la nullità dell'intero procedimento di secondo grado e della sentenza che lo ha concluso, rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità. Nella specie, a seguito della cassazione con rinvio della sentenza di secondo grado, il processo era stato riassunto dalla ricorrente nei confronti di una sola delle parti che avevano partecipato al giudizio di legittimità e il giudice del rinvio – con decisione ritenuta corretta dalla Corte – ha dichiarato l'improcedibilità dell'impugnazione per mancata esecuzione dell'ordine di integrazione del contraddittorio.

Sez. U, n. 07927/2019, Rubino, Rv. 653278-01, ha statuito che la domanda di restituzione dell'intero bene proposta *pro indiviso* congiuntamente da tutti i comproprietari del fondo del quale si assume l'occupazione usurpativa determina un litisconsorzio necessario processuale che realizza un'ipotesi di inscindibilità della causa ovvero la necessità che il giudizio prosegua, anche nelle fasi di impugnazione, nei confronti di tutti i partecipanti al giudizio di primo grado. Pertanto, l'omessa impugnazione della sentenza nei confronti di tutte le parti non determina l'inammissibilità del gravame, bensì la necessità di disporre l'integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., nei confronti della parte pretermessa, pena la nullità del procedimento di secondo grado e della sentenza che l'ha concluso, rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità.

Da segnalare, in tema di rapporto processuale tra creditore, debitore principale e fideiussore, **Sez. 3, n. 20313/2019, Valle, Rv. 654870-01**, che ha affermato che tale rapporto, facoltativo nella fase di introduzione del giudizio, potendo il creditore agire separatamente, a norma dell'art. 1944, comma 1, c.c., nei confronti dei due debitori solidali, una volta instaurato, dà luogo a un litisconsorzio processuale, che diventa necessario nei gradi d'impugnazione, se siano riproposti temi comuni al debitore principale e al fideiussore. Nella specie, la Corte ha cassato la sentenza d'appello che, in una controversia relativa a una polizza fideiussoria emessa a fronte di un finanziamento regionale, aveva dichiarato inammissibile, in quanto tardivo, il gravame proposto dalla regione nei confronti della società garante e non luogo a provvedere nei confronti della società finanziata, sul presupposto che si trattasse di cause scindibili e, quindi, non soggette al regime di cui all'art. 331 c.p.c., senza considerare che in primo grado la garante aveva convenuto in un unico giudizio sia l'ente territoriale che la società finanziata al fine di ottenere l'accertamento dell'inefficacia della polizza fideiussoria e che in secondo grado la regione appellante aveva richiesto termine per la rinnovazione della notificazione dell'impugnazione.

In tema di responsabilità solidale *ex* art. 2055 c.c., **Sez. 3, n. 14379/2019, Rv. 654091-01**, ha statuito che, il principio secondo cui la domanda di risarcimento dei danni cumulativamente proposta nei confronti di più soggetti corresponsabili di un fatto illecito dà luogo, in sede di impugnazione, a cause scindibili, per effetto del vincolo di solidarietà passiva configurabile tra gli autori dell'illecito, soffre una parziale eccezione nell'ipotesi in cui l'accertamento della responsabilità di uno di essi presupponga necessariamente quello della responsabilità degli altri. In tale caso, infatti, dovendosi valutare il rapporto di subordinazione logica o di pregiudizialità tra le cause in relazione al contenuto delle censure proposte e all'esito della lite, l'impugnazione della sentenza di condanna proposta dal responsabile originario per negare la propria responsabilità dà luogo a una causa inscindibile rispetto a quella promossa nei confronti del responsabile "di riflesso", che in caso di accoglimento del gravame si troverebbe altrimenti a rispondere da solo del fatto commesso da un altro soggetto. In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto immune da censure la pronuncia di appello che, nel confermare la sentenza con la quale la società concessionaria di un tratto autostradale era stata ritenuta esclusiva responsabile, ai sensi dell'art. 2051 c.c., dei danni sofferti da un automobilista in conseguenza di un sinistro provocato da una lastra di ghiaccio, non aveva disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri conducenti coinvolti nell'incidente ed evocati nel giudizio di primo grado, avendo la società concessionaria fondato il gravame sulla sola insussistenza della propria responsabilità, senza attribuire rilevanza, neanche in termini di concausalità, al contributo degli altri automobilisti nella produzione dell'evento.

Relativamente al giudizio di determinazione dell'indennità di espropriazione, **Sez. 1, n. 15780/2019, De Marzo, Rv. 654532-01**, ha statuito che esso ha carattere unitario e investe il diritto nella sua interezza anche qualora il bene oggetto del procedimento ablatorio sia in comproprietà indivisa, con la conseguenza che, mentre la determinazione giudiziale dell'indennità giova ai comproprietari che non abbiano proposto opposizione (non ricorrendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario), senza che ad essi possa opporsi alcuna decadenza, nel caso in cui solo alcuni degli opposenti comproprietari abbiano coltivato il giudizio nei gradi di impugnazione non può configurarsi la formazione frazionata del giudicato in capo ai diversi opposenti, i quali tutti devono quindi considerarsi parti processualmente necessarie nei successivi gradi, anche se non abbiano proposto impugnazione.

Secondo **Sez. 6-3, n. 04993/2019, Vincenti, Rv. 653139-01**, qualora un soggetto, qualificandosi come cessionario di un credito o come beneficiario di un contratto a favore di terzi o come creditore subentrato nei diritti del debitore ai sensi dell'art. 1259 c.c., faccia valere il credito ceduto, la prestazione prevista a suo favore o i detti diritti, convenendo in giudizio, anziché soltanto il debitore ceduto, il promittente e il terzo responsabile verso il suo debitore, anche il creditore cedente, lo stipulante o il debitore cui assuma di essere subentrato, la situazione di litisconsorzio che si determina è di carattere unitario, poiché, di sua iniziativa, l'attore ha esteso la lite, anche solo in forma di *denuntiatio*, a un soggetto cui la causa era soltanto comune e che non era litisconsorte necessario nel senso di cui all'art. 102 c.p.c., al fine di rendergli opponibile l'accertamento scaturente da essa. Ne consegue che il giudizio di impugnazione, atteso il carattere unitario del litisconsorzio così determinato dall'attore, si connota, quale che sia stato l'esito del grado precedente, come inscindibile e, pertanto, riconducibile all'art. 331 c.p.c., con la conseguenza che a esso non possono, pertanto, rimanere estranei il creditore cedente, lo stipulante a favore del terzo e il debitore nei cui riguardi sia avvenuto il subingresso.

Circa le ipotesi di litisconsorzio necessario processuale che si determinano in conseguenza dei vari tipi di intervento nel giudizio di primo grado, **Sez. 2, n. 08695/2019, Scarpa, Rv. 653486-02**, ha affermato che, nel caso in cui, nel giudizio di primo grado promosso dall'amministratore del condominio a tutela dei beni comuni, sia intervenuto un condomino al quale l'atto di appello non è stato notificato, il giudice deve ordinare l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c.

Secondo **Sez. 3, n. 16590/2019, Scarano, Rv. 654294-01**, il terzo chiamato in garanzia impropria può proporre appello avverso la sentenza di primo grado che non sia stata impugnata dal chiamante, a condizione che non si limiti a contestare le statuizioni relative alla domanda di manleva, ma censuri anche quelle riguardanti

l'esistenza, la validità e l'efficacia del rapporto principale, quale antefatto e presupposto della garanzia azionata, ricorrendo in tal caso una situazione di pregiudizialità-dipendenza tra cause che dà luogo a litisconsorzio processuale in fase di impugnazione. La Corte ha perciò cassato la sentenza di merito dichiarativa dell'inammissibilità dell'appello proposto da una compagnia di assicurazione chiamata in manleva in un giudizio risarcitorio avverso la sentenza di primo grado non impugnata dalla chiamante, ancorché il gravame avesse a oggetto tanto le statuizioni relative al rapporto di garanzia, quanto quelle riguardanti l'esistenza del danno lamentato dalla parte attrice.

Con riferimento all'opposizione di terzo, **Sez. 2, n. 21641/2019, Dongiacomo, Rv. 654906-01**, ha asserito che, in tale impugnazione, la sentenza che accerti che il terzo opponente è titolare di un diritto autonomo e incompatibile con quello riconosciuto dalla sentenza pronunciata *inter alias* non deve solo provvedere – ove il diritto del terzo prevalga, per ragioni di diritto sostanziale, su quello della parte vittoriosa nel primo giudizio – all'accoglimento, in ragione di detta prevalenza, dell'opposizione, dichiarando, con pronuncia rescindente, l'inefficacia nei confronti del terzo del giudicato formatosi tra le parti originarie, ma deve anche pronunciarsi, in sede rescissoria, sul merito della domanda proposta dal terzo, procedendo, secondo le ordinarie regole processuali, all'accertamento del reale modo d'essere del diritto che lo stesso ha azionato. Sicché, ove l'accertamento del diritto del terzo debba avvenire (ovvero sia opportuno che avvenga) nei confronti di altri soggetti, il giudice deve (o, rispettivamente, può) disporre, a norma dell'art. 102 c.p.c. (ovvero dell'art. 107 c.p.c.), la loro partecipazione al processo, a prescindere dal fatto che gli stessi non siano già stati parte del giudizio precedente, atteso che il principio secondo cui l'opposizione ordinaria *ex* art. 404, comma 1, c.p.c., costituendo un'impugnazione della decisione contro la quale è proposta, comporta la necessaria presenza in causa di tutte le parti del giudizio nel quale venne emessa la decisione impugnata, va coordinato con la natura del diritto (autonomo e incompatibile) che il terzo, con prevalenza rispetto a quello risultante dalla sentenza impugnata, ha fatto valere.

In linea generale, **Sez. L, n. 21443/2019, Marotta, Rv. 654811-01**, ha statuito che la verifica, da parte del giudice investito del tema della corretta instaurazione del contraddittorio, quanto alla chiamata in giudizio dei litisconsorti necessari, riguardando la valida costituzione del rapporto processuale, ha carattere preliminare rispetto all'esame dei motivi di impugnazione, anche nel caso in cui questi ultimi attengano alla regolare costituzione del contraddittorio nel grado precedente e non sia stata devoluta questione relativa alla individuazione dei litisconsorti necessari medesimi, come stabilita nei precedenti gradi di giudizio.

Va infine segnalata **Sez. T, n. 30775/2019, D'Oriano, Rv. 655939-01**, secondo cui, in tema processo litisconsortile, in virtù del principio di unità dell'impugnazione, il ricorso proposto irritualmente in forma autonoma da chi, ai sensi degli artt. 333 e 371 c.p.c., avrebbe potuto proporre soltanto impugnazione incidentale, per convertirsi in quest'ultima deve averne i requisiti temporali, onde la conversione risulta ammissibile solo se la notificazione del relativo atto non ecceda il termine di quaranta giorni da quello dell'impugnazione principale. Né la decadenza conseguente all'inosservanza di detto termine può ritenersi superata dall'eventuale rispetto del termine "esterno" di cui agli artt. 325 o 327 c.p.c., giacché la tardività o la tempestività, in relazione a quest'ultimo, assume rilievo ai soli fini della determinazione della sorte dell'impugnazione stessa in caso di inammissibilità di quella principale, *ex art. 334 c.p.c.*

5.1. Ipotesi normativamente regolate di litisconsorzio necessario nei giudizi di impugnazione.

A proposito del giudizio di opposizione al decreto di pagamento emesso a favore del consulente tecnico d'ufficio, ai sensi dell'art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, **Sez. 6-2, n. 19694/2019, Criscuolo, Rv. 654986-01**, ha affermato che le parti del processo nel quale è stata espletata la consulenza sono litisconsorti necessari. Da ciò la conseguenza che l'omessa notifica del ricorso in opposizione e del decreto di comparizione a una di tali parti determina la nullità del procedimento e della decisione, sicché quest'ultima deve essere cassata con rinvio, affinché il giudice *a quo* riesamini l'opposizione, previa integrazione del contraddittorio.

Sempre con riferimento al giudizio ai sensi dell'art. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002, con specifico riguardo all'opposizione al decreto di liquidazione del compenso in favore del notaio delegato per la vendita ai sensi dell'art. 591-*bis* c.p.c., emesso nell'ambito di una procedura esecutiva immobiliare dichiarata improseguibile per il fallimento del debitore esecutato, **Sez. 2, n. 06242/2019, Gorjan, Rv. 652774-01**, ha affermato che la curatela fallimentare è litisconsorte necessario, con le conseguenti – anche in questo caso – nullità del procedimento e della decisione nell'ipotesi della sua mancata evocazione in giudizio e cassazione dell'ordinanza, con rinvio al giudice *a quo* per la rinnovazione del procedimento, previa integrazione del contraddittorio.

6. Conseguenze del difetto di integrità del contraddittorio in sede di gravame.

Con riguardo alla mancata notificazione dell'atto di appello al condomino intervenuto nel giudizio di primo grado promosso dall'amministratore del

condominio a tutela dei beni comuni, **Sez. 2, n. 08695/2019, Scarpa, Rv. 653486-02** (già ricordata al punto 3) ha affermato che tale omissione determina la nullità della sentenza di appello, derivante dalla mancata integrazione del contraddittorio ai sensi dell'art. 331 c.p.c., la quale è rilevabile d'ufficio nel giudizio di legittimità anche se la parte pretermessa si costituisce volontariamente, accettando senza riserve la decisione di secondo grado, in quanto si tratta di una nullità determinata dal giudice, che non ha disposto l'integrazione del contraddittorio, in relazione alla quale non opera il temperamento stabilito dall'art. 157, comma 3, c.p.c., secondo cui la nullità non può essere fatta valere dalla parte che vi ha dato causa.

Nel caso in cui la Corte di cassazione cassi con rinvio la sentenza di merito per mancata integrità del contraddittorio, dichiarando la nullità del procedimento e della sentenza, **Sez. 2, n. 23324/2019, Tedesco, Rv. 655251-01**, ha precisato che il giudice di rinvio, integrato il contraddittorio nei confronti della parte o delle parti pretermesse, è investito del potere-dovere di riesaminare la causa nel merito, nell'ambito di un giudizio nel quale le parti sono libere di svolgere tutte le difese e le argomentazioni ritenute adeguate nei limiti delle impugnazioni proposte.

7. Bilanciamento tra l'esigenza di rilevare in sede di impugnazione il difetto di integrità del contraddittorio e quella di garantire la ragionevole durata del processo.

Va qui rammentata **Sez. 2, n. 24071/2019, Cosentino, Rv. 655360-01**, secondo cui, nel caso di un'azione di accertamento dell'usucapione proposta nei confronti di più comproprietari, è inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione della sentenza di rigetto proposta, per violazione dell'integrità del contraddittorio, dal soccombente che abbia agito in giudizio senza convenirvi tutti i comproprietari e senza sollecitare al riguardo l'esercizio dei poteri officiosi del giudice, attesa l'irrilevanza per lo stesso della non opponibilità della pronuncia ai litisconsorti necessari pretermessi e l'assenza di pregiudizio per i diritti di questi ultimi. Secondo la stessa pronuncia, non è meritevole di tutela neppure l'interesse a un nuovo giudizio che si concluda con un esito differente, traducendosi esso in un abuso del processo, oltre a essere contrario al principio di ragionevole durata del medesimo sancito dall'art. 111 Cost.

8. Litisconsorzio facoltativo.

In linea di principio, tra le ipotesi di litisconsorzio facoltativo vi è quella delle obbligazioni solidali.

Ne è un esempio la fattispecie scrutinata da **Sez. 3, n. 18069/2019, Iannello, Rv. 65441-01**, secondo cui, qualora in un contratto di locazione la parte locatrice sia

costituita da più locatori, ciascuno di essi è tenuto, dal lato passivo, nei confronti del conduttore alla medesima prestazione, così come, dal lato attivo, ognuno degli stessi può agire nei riguardi del locatario per l'adempimento delle sue obbligazioni, applicandosi in proposito la disciplina della solidarietà di cui all'art. 1292 c.c., che non determina, tuttavia, la nascita di un rapporto unico e inscindibile e non dà luogo, perciò, a litisconsorzio necessario tra i diversi obbligati o creditori.

Anche nella fattispecie del convenuto che chiami un terzo in giudizio indicandolo come soggetto responsabile della pretesa fatta valere dall'attore e chieda, senza contestare la propria legittimazione passiva, soltanto di essere manlevato delle conseguenze della soccombenza nei confronti dell'attore, il quale a sua volta non estenda la domanda verso il terzo, il cumulo di cause integra un litisconsorzio facoltativo e, ove la decisione di primo grado abbia rigettato la domanda di manleva, in sede di impugnazione dà luogo ad una situazione di scindibilità delle cause (**Sez. 3, n. 23977/2019, Guizzi, Rv. 655104-01**). In applicazione di tale principio, la Corte ha confermato la sentenza del giudice di appello che, rilevata la nullità della citazione del terzo chiamato per difetto di *editio actionis* – vizio non riconducibile a uno dei casi tassativamente indicati dall'art. 354 c.p.c. – non aveva provveduto alla rimessione degli atti al primo giudice pronunciando sul merito della causa scindibile intentata contro il terzo.

Quanto allo svolgimento del processo – connotato, qui, dalla possibilità di separare le cause cumulate – vanno segnalate due pronunce.

In una fattispecie di litisconsorzio facoltativo determinatosi nel giudizio promosso nei confronti di più coobbligati solidali committenti per il pagamento del corrispettivo relativo ai lavori appaltati, **Sez. 2, n. 21514/2019, Scarpa, Rv. 654633-02**, ha statuito che, verificatasi una causa di interruzione nei confronti di uno di essi e riassunto tempestivamente il giudizio, interrotto nei confronti di tutti, il vizio della notificazione dell'atto di riassunzione nei confronti di uno o alcuni tra i litisconsorti facoltativi e il mancato rispetto del termine per la rinnovazione della notificazione non impediscono l'ulteriore prosecuzione del processo nei confronti dei restanti litisconsorti ritualmente citati, non potendosi estendere a costoro l'eventuale estinzione del processo *ex* art. 307 c.p.c. relativa a uno dei convenuti originari.

Da segnalare infine **Sez. 3, n. 22854/2019, Scarano, Rv. 655089-01**, secondo cui, in presenza di cumulo nello stesso processo di domande nei confronti di soggetti diversi, qualora il giudice si pronunci sul merito di una domanda avanzata verso una parte e, adottando un espresso e formale provvedimento di separazione ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 5), c.p.c., dichiara la necessità di ulteriore istruzione in relazione alla pretesa rivolta verso l'altra, la sentenza assume il carattere di pronuncia definitiva nei confronti del primo soggetto e, come tale, è impugnabile da quest'ultimo solo in via immediata e sottratta alla riserva di impugnazione

differita *ex* artt. 340 e 361 c.p.c. In applicazione di tale principio, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello che, oltre a pronunciarsi sul merito della domanda proposta nei confronti di una parte appellata respingendo l'appello, aveva altresì regolato le spese di lite del grado e, contestualmente, provveduto a separare la causa nei confronti dell'altra appellata, rispetto alla quale aveva emesso decisione non definitiva su alcune questioni preliminari, rinviando la disamina del merito all'esito di ulteriore istruttoria.

CAPITOLO X

LE PROVE

(DI ANDREA PENTA)

SOMMARIO: 1. Il principio di non contestazione. 2. La consulenza tecnica d'ufficio. 3. Richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione. 4. Le prove costituenti e precostituite. 5. Il disconoscimento di scritture private. 5.1. La tempistica del disconoscimento. 5.2. Il disconoscimento delle copie fotostatiche. 5.3. L'ambito applicativo. 5.4. Il procedimento di verifica. 6. La querela di falso. 6.1. Il giudizio di querela. 6.2. La valenza fidefacente dell'atto pubblico. 6.3. La prova della falsità. 7. La confessione. 8. Il giuramento. 9. La prova testimoniale. 9.1. L'assunzione della prova testimoniale. 9.2. I limiti oggettivi. 9.3. La prova per testi nel processo tributario. 10. L'incapacità a testimoniare. 10.1. La casistica. 10.2. Il giudizio civile di rinvio ex art. 622 c.p.p.

1. Il principio di non contestazione.

Premesso che, come è noto, i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita non necessitano, ai sensi del primo comma dell'art. 115 c.p.c., di essere provati, **Sez. 2, n. 27490/2019, Lombardo, Rv. 655681 - 01**, ha affermato che l'accertamento della sussistenza di una contestazione ovvero d'una non contestazione, rientrando nel quadro dell'interpretazione del contenuto e dell'ampiezza dell'atto della parte, è funzione del giudice di merito, sindacabile solo per vizio di motivazione. Ne consegue che, ove il giudice abbia ritenuto "contestato" uno specifico fatto e, in assenza di ogni tempestiva deduzione al riguardo, abbia proceduto all'ammissione ed al conseguente espletamento di un mezzo istruttorio in ordine all'accertamento del fatto stesso, la successiva allegazione di parte diretta a far valere l'altrui pregressa "non contestazione" diventa inammissibile (in questi sostanziali medesimi termini si era in passato espressa **Sez. 3, n. 04249/2012, Giacalone, Rv. 621956 - 01**).

Sul piano temporale, **Sez. 6 - 2, n. 31402/2019, Fortunato, Rv. 656256 - 02**, ponendosi nel solco di **Sez. 2, n. 26859/2013, F. Manna, Rv. 629109 - 01**, ha analiticamente chiarito che la valutazione della condotta processuale del convenuto, agli effetti della non contestazione dei fatti allegati dalla controparte, deve essere correlata al regime delle preclusioni, che la disciplina del giudizio ordinario di cognizione connette all'esaurimento della fase processuale entro la quale è consentito ancora alle parti di "aggiustare il tiro", sia allegando nuovi fatti - diversi da quelli indicati negli atti introduttivi - sia revocando espressamente la non contestazione dei fatti già allegati, sia ancora deducendo una narrazione dei fatti alternativa e incompatibile con quella posta a base delle difese precedentemente svolte; in particolare, la mancata tempestiva contestazione, sin dalle prime difese, dei fatti allegati dall'attore è comunque retrattabile nei termini previsti per il

compimento delle attività processuali consentite dall'art. 183 c.p.c., risultando preclusa, all'esito della fase di trattazione, ogni ulteriore modifica determinata dall'esercizio della facoltà deduttiva.

2. La consulenza tecnica d'ufficio.

La consulenza tecnica d'ufficio, come ribadito da Sez. 6 - 1, n. 30218/2017, Genovese, Rv. 647288 – 01, non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze. Ne consegue che il suddetto mezzo di indagine non può essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata, qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero a compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati (Sez. 1, n. 21487/2017, Ceniccola, Rv. 645410 – 01; Sez. 1, n. 15774/2018, Nazzicone, Rv. 649471 – 01).

In particolare, anche quando la consulenza sia percipiente, ossia disposta per l'acquisizione di dati la cui valutazione sia rimessa all'ausiliario, quest'ultimo non può avvalersi, per la formazione del suo parere, di documenti non prodotti dalle parti nei tempi e modi permessi dalla scansione processuale, pena, come ribadito da **Sez. 6 - 1, n. 27776/2019, Iofrida, Rv. 655818 – 01**, l'inutilizzabilità delle conclusioni del consulente fondate sui detti documenti in violazione delle regole di riparto dell'onere probatorio, essendo in conseguenza irrilevante la mancata tempestiva proposizione dell'eccezione di nullità della consulenza.

Di particolare interesse è **Sez. 3, n. 31886/2019, Rossetti, Rv. 656045 – 02**, secondo cui lo svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum* della controversia o l'acquisizione ad opera dell'ausiliare di elementi di prova (nella specie, documenti) in violazione del principio dispositivo cagiona la nullità della consulenza tecnica, da qualificare come nullità a carattere assoluto, rilevabile d'ufficio e non sanabile per acquiescenza delle parti, in quanto le norme che stabiliscono preclusioni, assertive ed istruttorie, nel processo civile sono preordinate alla tutela di interessi generali, non derogabili dalle parti. La pronuncia si pone in consapevole contrasto con Sez. 3, n. 02251/2013, Ambrosio, Rv. 624974 – 01, prima, e Sez. 3, n. 15747/2018, Fiecconi, Rv. 649414 – 01, alla stregua delle quali la nullità della consulenza tecnica d'ufficio - ivi compresa quella dovuta all'eventuale ampliamento dell'indagine tecnica oltre i limiti delineati dal giudice o consentiti dai poteri che la legge conferisce al consulente - è soggetta al regime di cui all'art. 157 c.p.c., avendo carattere di nullità relativa, e deve, pertanto, essere fatta valere nella

prima istanza o difesa successiva al deposito della relazione, restando altrimenti sanata.

Con la medesima sentenza la S.C. (**Sez. 3, n. 31886/2019, Rossetti, Rv. 656045 - 01**) ha altresì sostenuto che, in virtù del principio dispositivo e dell'operare nel processo civile di preclusioni, assertive ed istruttorie, l'ausiliare del giudice, nello svolgimento delle proprie attività, non può - nemmeno in presenza di ordine del giudice o di acquiescenza delle parti - indagare di ufficio su fatti mai ritualmente allegati dalle parti, né acquisire di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi delle domande o delle eccezioni proposte e nemmeno procurarsi, dalle parti o dai terzi, documenti che forniscano tale prova. A tale regola può derogarsi soltanto quando la prova del fatto costitutivo della domanda o dell'eccezione non possa essere oggettivamente fornita dalle parti con i mezzi di prova tradizionali, postulando il ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche, oppure per la prova di fatti tecnici accessori o secondari e di elementi di riscontro della veridicità delle prove già prodotte dalle parti. La pronuncia si pone in contrasto con un prevalente orientamento di segno contrario (cfr., da ultimo, **Sez. 2, n. 14652/2012, Mazzacane, Rv. 623714 - 01**), per il quale il consulente tecnico d'ufficio, nell'espletamento del mandato ricevuto, può chiedere informazioni a terzi ed alle parti per l'accertamento dei fatti collegati con l'oggetto dell'incarico, senza bisogno di una preventiva autorizzazione del giudice, potendo tali informazioni, di cui siano indicate le fonti in modo da permetterne il controllo delle parti, concorrere, con le altre risultanze di causa, alla formazione del convincimento del giudice.

La consulenza tecnica di ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito. In quest'ottica, secondo **Sez. 5, n. 25253/2019, D'Oriano, Rv. 655530 - 01**, rientra nel potere discrezionale del giudice di merito la valutazione di disporre la nomina dell'ausiliario giudiziario, potendo essere la motivazione dell'eventuale diniego implicitamente desumibile anche dal contesto generale delle argomentazioni svolte e dalla valutazione del quadro probatorio unitariamente considerato effettuata dal predetto giudice.

Per **Sez. 3, n. 03717/2019, Pellicchia, Rv. 652736 - 01**, questi può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (conf. **Sez. 3, n. 06155/2009, D'Amico, Rv. 607649 - 01**).

Il rifiuto di nominare un consulente tecnico costituisce una facoltà discrezionale del giudice di merito, e può costituire vizio del procedimento (e della sentenza) nel solo caso in cui la consulenza costituisca l'unico mezzo a disposizione della parte per dimostrare i fatti costitutivi della pretesa (cfr. Sez. 3, n. 11742/2018, Rossetti, massimata sotto un altro profilo).

Rientra parimenti nel potere discrezionale del giudice di merito accogliere o rigettare l'istanza di riconvocazione del consulente d'ufficio per chiarimenti o per un supplemento di consulenza, senza che l'eventuale provvedimento negativo possa essere censurato in sede di legittimità deducendo la carenza di motivazione espressa al riguardo, quando dal complesso delle ragioni svolte in sentenza, in base ad elementi di convincimento tratti dalle risultanze probatorie già acquisite e valutate con un giudizio immune da vizi logici e giuridici, risulti l'irrilevanza o la superfluità dell'indagine richiesta, non sussistendo la necessità, ai fini della completezza della motivazione, che il giudice dia conto delle contrarie motivazioni dei consulenti di fiducia che, anche se non espressamente confutate, si hanno per disattese perché incompatibili con le argomentazioni poste a base della motivazione. Il principio, già affermato in passato da Sez. 3, n. 15666/2011, Frasca, Rv. 619230 – 01, è stato ribadito da **Sez. 2, n. 21525/2019, Varrone, Rv. 655207 - 01**.

Rientra, quindi, nei poteri discrezionali del giudice di merito la valutazione dell'opportunità di disporre indagini tecniche suppletive o integrative, di sentire a chiarimenti il consulente sulla relazione già depositata ovvero di rinnovare, in parte o *in toto*, le indagini, sostituendo l'ausiliare del giudice. L'esercizio di tale potere non è, secondo **Sez. 6 - L, n. 02103/2019, Doronzo, Rv. 652615 – 01**, sindacabile in sede di legittimità, ove ne sia data adeguata motivazione, immune da vizi logici e giuridici; peraltro, il provvedimento con cui il giudice dispone la rinnovazione delle indagini non priva di efficacia l'attività espletata dal consulente sostituito (conf. Sez. 3, n. 27247/2008, D'Amico, Rv. 605391 – 01).

La violazione, da parte del CTU, dell'obbligo di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli comporta la nullità della perizia, rilevabile d'ufficio, poiché l'ausiliare del giudice svolge nel processo una pubblica funzione nell'interesse generale e superiore della giustizia. Così si è espressa **Sez. 3, n. 25022/2019, Scarano, Rv. 655370 – 01**, in una fattispecie in cui il CTU non aveva sottoposto a visita l'attore in primo grado, il quale lamentava di avere subito dei danni per colpa medica, né aveva predisposto una relazione degli incontri avvenuti con il medesimo attore ed i consulenti di parte, omettendo di riportare le loro osservazioni ed istanze.

Le consulenze tecniche di parte non costituiscono mezzi di prova ma allegazioni difensive di contenuto tecnico che, se non confutate esplicitamente, devono ritenersi implicitamente disattese. Tuttavia, per **Sez. 5, n. 30364/2019, D'Orazio, Rv. 655931 - 01**, quando i rilievi contenuti nella consulenza di parte siano precisi e

circostanziati, tali da portare a conclusioni diverse da quelle contenute nella consulenza tecnica d'ufficio ed adottate in sentenza, ove il giudice trascuri di esaminarli analiticamente, ricorre il vizio di insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia.

3. Richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione.

Sez. 5, n. 11432/2019, Fraulini, Rv. 653945 – 01, ha avuto l'occasione per chiarire che nel processo tributario la Guardia di finanza, in quanto soggetto che agisce su delega dell'Amministrazione finanziaria, non può essere destinataria da parte del giudice di una richiesta di documenti ex art. 213 c.p.c., atteso che la stessa può essere disposta solo nei confronti di un soggetto terzo e non anche della parte pubblica in causa.

4. Le prove costituenti e precostituite.

Sez. 2, n. 26801/2019, Tedesco, Rv. 655656 – 01, ha ribadito (Sez. 2, n. 15832/2011, Giusti, Rv. 618717 - 01) che la fattura commerciale ha non soltanto efficacia probatoria nei confronti dell'emittente, che vi indica la prestazione e l'importo del prezzo, ma può costituire piena prova nei confronti di entrambe le parti dell'esistenza di un corrispondente contratto allorché risulti accettata dal contraente destinatario della prestazione che ne è oggetto.

In tema di prove atipiche, **Sez. 2, n. 18025/2019, Fortunato, Rv. 654468 – 01**, ha chiarito che le sommarie informazioni assunte durante la fase delle indagini preliminari, ritualmente acquisite nel contraddittorio delle parti, sono liberamente valutabili nel giudizio civile ai sensi dell'art. 116 c.p.c., non essendo a tal fine necessario che i dichiaranti abbiano prestato giuramento, in quanto nel sistema processuale manca una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, sicché il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cd. atipiche.

5. Il disconoscimento di scritture private.

In tema di prova documentale, il disconoscimento delle copie fotostatiche di scritture prodotte in giudizio, ai sensi dell'art. 2719 c.c., impone che, pur senza vincoli di forma, la contestazione della conformità delle stesse all'originale venga compiuta, a pena di inefficacia, mediante una dichiarazione che evidenzi in modo chiaro ed univoco sia il documento che si intende contestare, sia gli aspetti differenziali di quello prodotto rispetto all'originale, non essendo invece sufficienti né il ricorso a clausole di stile né generiche asserzioni. In applicazione di tale

principio, **Sez. 5, n. 16557/2019, Balsamo, Rv. 654386 – 01**, ha escluso che il contribuente avesse disconosciuto in modo efficace la conformità delle copie agli originali, in quanto, con la memoria illustrativa, si era limitato a dedurre la mancata produzione degli originali delle relate di notifica e la non conformità "*a quanto espressamente richiesto*" con il ricorso.

Già in passato Sez. 2, n. 27633/2018, Sabato, Rv. 651376 – 01, e Sez. 2, n. 01537/2018, Carrato, Rv. 647080 – 01, avevano affermato che la contestazione della conformità all'originale di un documento prodotto in copia non può avvenire con clausole di stile e generiche o onnicomprensive, ma va operata a pena di inefficacia in modo chiaro e circostanziato, attraverso l'indicazione specifica sia del documento che si intende contestare, sia degli aspetti per i quali si assume differisca dall'originale.

Il disconoscimento della scrittura privata da parte di una persona giuridica, perché sia validamente effettuato e sia idoneo ad onerare l'avversario (che insista ad avvalersi dello scritto) di richiederne la verifica, necessita, secondo **Sez. 5, n. 07240/2019, Napolitano, Rv. 653045 – 01**, di un'articolata dichiarazione di diversità della firma risultante sul documento rispetto alle sottoscrizioni di tutti gli organi rappresentativi, specificamente identificati od identificabili, atteso che, nel caso della persona giuridica, assistita da una pluralità di organi con il potere di firmare un determinato atto, sussistono più sottoscrizioni qualificabili come proprie dell'ente.

5.1. La tempistica del disconoscimento.

Quanto alla tempistica con la quale il disconoscimento di una scrittura privata deve essere operato, come è noto, il riconoscimento può essere espresso (quando la parte dichiara espressamente di riconoscere la propria firma) o tacito (qualora la parte nei cui confronti viene prodotta la scrittura non neghi formalmente - nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione – che la sottoscrizione apposta sul documento prodotto provenga da lui o, qualora la scrittura sia prodotta nei confronti di un successore – erede o avente causa – di colui che appare averla sottoscritta, non dichiarare di non riconoscere la scrittura o la sottoscrizione del suo dante causa).

La "prima risposta successiva alla produzione" deve essere individuata in un atto processualmente rilevante compiuto alla presenza di entrambe le parti, attesa l'esigenza dell'immediatezza della conoscenza del disconoscimento in capo al soggetto che ne è destinatario. In quest'ottica, **Sez. L, n. 15113/2019, Berrino, Rv. 654100 – 01** (conf. Sez. 3, n. 06187/2009, Spagna Musso, Rv. 607085 – 01), ha

escluso che possa intendersi come prima risposta il mero deposito di note difensive autorizzate, proprio perché effettuato in assenza della controparte.

D'altra parte, l'espressione «*nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione*» deve essere interpretata in senso strettamente cronologico, senza che assuma alcun rilievo il fatto che in detta udienza non sia stata espletata alcuna attività processuale (Sez. 2, n. 29909/2008, Rv. 605961 – 01; conf. Sez. 3, n. 12303/2016, Rv. 640299 - 01).

In questo contesto merita di essere segnalata Sez. 6 - 1, n. 15780/2018, M. Di Marzio, Rv. 649335 – 01, a mente della quale, effettuata la relativa produzione nel termine di cui all'art. 183, comma 6, n. 2 c.p.c., in mancanza del deposito, ad opera della parte contro cui la scrittura è prodotta, della memoria prevista dall'art. 183, sesto comma, n. 3, è tempestivo il disconoscimento operato, ai sensi dell'art. 215, comma 1, c.p.c., alla prima udienza successiva all'effettuata produzione documentale, non potendo la decadenza di cui all'art. 215 c.p.c., in quanto norma di stretta interpretazione, dipendere da una non difesa, quale deve essere qualificato l'omesso deposito della memoria sopra indicata.

5.2. Il disconoscimento delle copie fotostatiche.

In tema di copie fotografiche di scritture, l'art. 2719 c.c., che esige l'espresso disconoscimento della conformità con l'originale delle copie fotografiche o fotostatiche, è applicabile tanto alla ipotesi di disconoscimento della conformità della copia al suo originale, quanto a quella di disconoscimento della autenticità di scrittura o di sottoscrizione, e, nel silenzio normativo sui modi e termini in cui deve procedersi, entrambe le ipotesi sono disciplinate dagli artt. 214 e 215 c.p.c., con la conseguenza che la copia fotostatica non autenticata si ha per riconosciuta, tanto nella sua conformità all'originale quanto nella scrittura e sottoscrizione, se non venga disconosciuta in modo formale e inequivoco alla prima udienza, o nella prima risposta successiva alla sua produzione. In questi termini si è espressa **Sez. 6 - 3, n. 03540/2019, Rubino, Rv. 653006 – 02**, in una fattispecie in cui la copia fotostatica era riproduttiva di una email.

Dello stesso avviso è **Sez. 3, n. 18074/2019, Porreca, Rv. 654564 – 01**, la quale ha altresì precisato che, anche nel corso del processo esecutivo, la copia fotostatica non autenticata (nella specie, riproduttiva della procura sottesa al mandato difensivo e dei documenti prodotti a sostegno della successione nel credito azionato) si ha per riconosciuta, tanto nella sua conformità all'originale quanto nella scrittura e sottoscrizione, se non disconosciuta in modo formale e inequivoco alla prima udienza o difesa utile del processo di esecuzione (ove già risulti in essere una

rappresentanza difensiva) ovvero attraverso la costituzione in sede di opposizione all'esecuzione.

In caso di disconoscimento dell'autenticità della sottoscrizione di una scrittura privata prodotta in copia fotostatica mediante affermazione, da parte degli eredi dell'apparente sottoscrittore, di non conoscere la scrittura del *de cuius*, la parte che l'abbia esibita in giudizio e intenda avvalersi della prova documentale da essa rappresentata deve, come evidenziato da **Sez. 3, n. 33769/2019, Dell'Utri, Rv. 656333 - 02**, produrre l'originale al fine di ottenerne la verifica, essendo, altrimenti, onerata della prova del contenuto del documento – inutilizzabile a fini istruttori in ragione dell'intervenuta contestazione e della mancata sottoposizione a verifica - con i mezzi ordinari, nei limiti della loro ammissibilità.

Sez. 3, n. 23636/2019, Dell'Utri, Rv. 655493 – 01, ha confermato (conf. Sez. 2, n. 10147/2011, Manna F., Rv. 617920 - 01) che l'eccezione di tardività del disconoscimento della scrittura privata ai sensi degli artt. 214 e 215 c.p.c. è rimessa alla disponibilità della parte che ha prodotto il documento, in quanto unica ad avere interesse a valutare l'utilità di un accertamento positivo della provenienza della scrittura. Essa, di conseguenza, è logicamente incompatibile con l'istanza di verifica che ne costituisce implicita rinuncia.

5.3. L'ambito applicativo.

Avuto riguardo all'ambito applicativo, **Sez. 2, n. 20511/2019, Carrato, Rv. 654891 – 01**, ha escluso che la disciplina processuale di cui agli artt. 215 e segg. c.p.c. sia applicabile in caso di disconoscimento dell'autenticità della sottoscrizione apposta in calce alla procura operato direttamente dal difensore apparentemente costituito nell'interesse della parte. Invero, la sottoscrizione della procura da parte del difensore è elemento indispensabile per la formazione fenomenica dell'atto, sicché il suo difetto - cui è equiparabile la sua accertata falsità - determina l'invalidità della procura, rilevabile anche d'ufficio, che incide sulla validità stessa dell'instaurazione del rapporto processuale, impedendone la produzione di qualsiasi effetto da potersi ritenere giuridicamente valido.

Nel processo tributario, in forza del rinvio operato dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992 alle norme del codice di procedura civile, trova, invece, applicazione l'istituto di cui all'art. 214 c.p.c. e segg., con la conseguenza che, in presenza del disconoscimento della firma - la cui tempestività deve valutarsi con riferimento alla proposizione del ricorso con cui è impugnato l'atto impositivo fondato sulla scrittura privata -, il giudice ha l'obbligo di accertare l'autenticità delle sottoscrizioni, altrimenti non utilizzabili ai fini della decisione, ed a tale accertamento procede ove ricorrano le condizioni per l'esperibilità della procedura di verifica, attivando,

in caso positivo, i poteri istruttori nei limiti delle disposizioni speciali dettate per il contenzioso tributario. In applicazione di tale principio, **Sez. 5, n. 13333/2019, Antezza, Rv. 653994 – 01**, ha ritenuto tardivo il disconoscimento della firma per girata apposta su un assegno effettuato solo in sede di udienza di trattazione.

5.4. Il procedimento di verifica.

Il procedimento di verifica di cui agli artt. 214 e 215 c.p.c. ha la funzione di accertare l'autenticità della scrittura privata o della sottoscrizione disconosciuta allo scopo di consentire alla parte che vi ha interesse di avvalersene nel giudizio in corso, per cui il giudice di merito - che ha il compito di stabilire quali scritture debbano servire da comparazione - non è vincolato da alcuna graduatoria tra le fonti di accertamento dell'autenticità, ben potendo utilizzare, in virtù del principio generale dell'acquisizione della prova, anche le scritture prodotte dalla parte diversa da quella che ha proposto l'istanza di verifica. Peraltro, la scrittura privata può assolvere alla funzione di comparazione, quando sussista il dato positivo del suo riconoscimento espresso o tacito, ovvero quando non ne sia stata contestata l'autenticità, mentre la sua inidoneità a fornire la prova dell'autenticità della scrittura o della sottoscrizione disconosciuta non determina l'inammissibilità dell'istanza di verifica, ma si riflette sul suo esito. E così **Sez. 2, n. 06460/2019, Criscuolo, Rv. 652936 – 01**, ha ritenuto che l'accertamento tecnico sull'autografia del testamento olografo fosse stato correttamente eseguito mediante utilizzazione, quali scritture di comparazione, di documenti prodotti dalla parte convenuta, nonostante la parte attrice, che aveva avanzato l'istanza di verifica, si fosse opposta al loro impiego (conf. Sez. 2, n. 17794/2005, Mazzacane, Rv. 581676 – 01).

Per **Sez. 6 - 2, n. 29542/2019, Criscuolo, Rv. 656243 - 01**, nel procedimento per la verifica di scrittura privata spetta al giudice del merito stabilire quali scritture debbano servire di comparazione, senza esser vincolato da alcuna graduatoria tra le varie fonti di accertamento dell'autenticità.

6. La querela di falso.

Alla parte, nei cui confronti venga prodotta una scrittura privata, deve ritenersi consentita, oltre la facoltà di disconoscerla, così facendo carico alla controparte di chiederne la verifica (addossandosi il relativo onere probatorio), anche la possibilità alternativa, senza riconoscere, né espressamente, né tacitamente, la scrittura medesima, di proporre querela di falso, al fine di contestare la genuinità del documento, atteso che, in difetto di limitazioni di legge, non può negarsi a detta parte di optare per uno strumento per lei più gravoso, ma rivolto al conseguimento di un risultato più ampio e definitivo, quello cioè della completa rimozione del

valore del documento con effetti *erga omnes* e non nei soli riguardi della controparte (Sez. 1, n. 06249/2018, Iofrida).

In ipotesi di dichiarazione sottoscritta, pur se contenuta in più fogli dei quali solo l'ultimo firmato, poiché la sottoscrizione, ai sensi dell'art. 2702 c.c., si riferisce all'intera dichiarazione e non al solo foglio che la contiene, la scrittura privata deve ritenersi, come chiarito da **Sez. 2, n. 07681/2019, Dongiacomo, Rv. 653154 – 01**, valida ed efficace nel suo complesso, rimanendo irrilevante la mancata firma dei fogli precedenti, con la conseguenza che, al fine di impedire che l'intero contenuto della scrittura faccia stato nei confronti del sottoscrittore, quest'ultimo ha l'onere di proporre querela di falso (conf. Sez. 2, n. 04886/2007, Triola, Rv. 595387 – 01, la quale, alla stregua dell'enunciato principio, ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che, con riguardo ad un'azione proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c. in conseguenza dell'inadempimento della promittente venditrice di un immobile che si era rifiutata di stipulare il contratto definitivo, l'aveva rigettata sul presupposto erroneo dell'insussistenza del fatto costitutivo della pretesa attorea in virtù della circostanza che il contratto preliminare era stato sottoscritto dalla suddetta parte solo nel foglio finale, così ritenendolo invalido ed inefficace).

Nel giudizio di cassazione, la querela di falso è proponibile limitatamente ad atti del relativo procedimento, come il ricorso o il controricorso, ovvero a documenti producibili ai sensi dell'art. 372 c.p.c., mentre non può riguardare atti e documenti che il giudice di merito abbia posto a fondamento della sentenza impugnata, in quanto la loro eventuale falsità, se definitivamente accertata nella sede competente, può essere fatta valere come motivo di revocazione. Pertanto, per **Sez. 3, n. 02343/2019, Dell'Utri, Rv. 652660 – 01**, essa può riguardare anche la nullità della sentenza impugnata, con riferimento ai soli vizi della sentenza stessa per mancanza dei suoi requisiti essenziali, di sostanza o di forma, e non anche ove essa sia originata, in via mediata e riflessa, da vizi del procedimento, ovvero dalla eventuale falsità dei documenti posti a base della decisione del giudice di merito (conf. Sez. 1, n. 24856/2006, Rv. 593233 - 01).

6.1. Il giudizio di querela.

Il giudizio di querela di falso, tanto in via principale che incidentale, si connota quale processo a contenuto oggettivo con prevalente funzione di protezione dell'interesse pubblico all'eliminazione di documenti falsi dalla circolazione giuridica. L'interesse a proporre querela di falso in via principale, che tende a rimuovere *erga omnes* l'efficacia probatoria del documento che ne forma oggetto, sussiste in capo a tutti coloro nei cui confronti il medesimo documento è o può essere fatto valere (si veda, in tal senso, Sez. 1, n. 08483/2018, Campanile).

Per **Sez. 2, n. 08575/2019, Fortunato, Rv. 653298 – 01**, legittimato a proporre querela di falso è chiunque abbia interesse a contrastare l'efficacia probatoria di un documento munito di fede privilegiata in relazione ad una pretesa che su di esso si fondi, non esclusa la stessa parte che l'abbia prodotto in giudizio, senza potersi distinguere tra querela proposta in via principale o incidentale (conf. Sez. 1, n. 03305/1997, Vitrone, Rv. 503755 - 01).

Legittimato passivo rispetto alla querela di falso civile è, invece, solo il soggetto che intenda valersi del documento in giudizio per fondarvi una domanda o un'eccezione e non già chi, in concreto, non intenda avvalersene o l'autore del falso ovvero chi abbia comunque concorso nella falsità, ai quali ultimi va riconosciuta, al più, la possibilità di intervenire in via adesiva nel giudizio. Facendo applicazione di tale principio, **Sez. 6 - 2, n. 19281/2019, Fortunato, Rv. 654635 – 01**, ha cassato la sentenza gravata, che aveva riconosciuto la legittimazione passiva degli agenti verbalizzanti rispetto ad una querela di falso proposta avverso un verbale di accertamento redatto in occasione di un sinistro stradale.

6.2. La valenza fidefacente dell'atto pubblico.

L'atto pubblico fa pubblica fede solo del cd. estrinseco, vale a dire di tutto ciò che il pubblico ufficiale può attestare che sia avvenuto (ivi comprese eventuali dichiarazioni) in sua presenza o che lui ha compiuto. Viceversa, la valenza fidefacente non si estende al cd. intrinseco, vale a dire alla veridicità ed esattezza di ciò che è stato dichiarato dalle parti (ma anche da terzi e da eventuali testimoni) di fronte al pubblico ufficiale (Sez. 3, n. 24530/2008, Rv. 604735 - 01), nonché alle considerazioni e valutazioni personali.

Il valore di prova legale della scrittura privata riconosciuta, o da considerarsi tale, è, pertanto, come confermato da Sez. 1, n. 08766/2018, Fraulini, Rv. 648145 – 01, limitato alla provenienza della dichiarazione del sottoscrittore e non si estende al contenuto della medesima, sicché la querela di falso è esperibile unicamente nei casi di falsità materiale, per rompere il collegamento, quanto alla provenienza, tra dichiarazione e sottoscrizione, e non in quelli di falsità ideologica, per impugnare la veridicità di quanto dichiarato, al qual fine può farsi, invece, ricorso alle normali azioni atte a rilevare il contrasto tra volontà e dichiarazione.

Ugualmente, la querela di falso proposta avverso una scrittura privata è limitata a contestare la provenienza materiale dell'atto dal soggetto che ne abbia effettuato la sottoscrizione e non pure ad impugnare la veridicità di quanto dichiarato. E così **Sez. 3, n. 12707/2019, Guizzi, Rv. 653919 – 01**, ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato inammissibile la querela di falso, proposta soltanto in appello, volta a far accertare l'inesistenza dell'operazione risultante da una fattura o

a dimostrarne la sua realizzazione ad un prezzo diverso da quello ivi indicato (conf. Sez. 2, n. 00047/1988, Girone, Rv. 456710 - 01).

6.3. La prova della falsità.

Nel giudizio di falso, la prova univoca della falsità del documento impugnato con apposita querela deve essere fornita dal querelante perché possa pervenirsi all'accoglimento della relativa domanda, sia essa proposta in via incidentale o in via principale. Tale principio, già affermato in passato da Sez. 3, n. 06050/1998, Segreto, Rv. 516554 – 01 (secondo cui le presunzioni sono utilizzabili in particolare quando il disconoscimento dell'autenticità non si estenda alla sottoscrizione e sia lamentato il riempimento del documento fuori di qualsiasi intesa, con conseguente contestazione del nesso tra il testo ed il suo autore), è stato ribadito da **Sez. 6 - 2, n. 02126/2019, Carrato, Rv. 652216 – 01.**

Ai fini della valida proposizione della querela di falso, l'obbligo di indicazione degli elementi e delle prove della falsità previsto dall'art. 221 c.p.c. (che, come chiarito da Sez. 2, n. 10874/2018, Carrato, Rv. 648241 – 01, può venir meno solo allorquando tale falsità sia rilevabile *ictu oculi* dal documento impugnato e non occorranno particolari indagini per accertarla) può essere assolto con qualsiasi tipo di prova che sia idonea all'accertamento del falso e, quindi, anche a mezzo di presunzioni. In applicazione di tale principio, **Sez. 3, n. 04720/2019, Gianniti, Rv. 652829 – 01**, ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto inidonei a dimostrare la falsità della sottoscrizione di una quietanza di integrale soddisfacimento di un credito risarcitorio il deposito di una consulenza tecnica di parte, la sottoscrizione, da parte della querelante, del verbale di udienza, la dichiarazione di disponibilità della stessa al saggio grafico, nonché la macroscopica inferiorità della somma riportata nella quietanza rispetto a quella oggetto della domanda risarcitoria e a quella indicata in una bozza di transazione sottoscritta dalla medesima querelante (conf. Sez. I, n. 01537/2001, Vigolo, Rv. 543632 – 01, secondo cui, ai fini della valida proposizione della querela di falso, il menzionato obbligo non impone necessariamente la completa e rituale formulazione della prova testimoniale, essendo sufficiente l'indicazione di tale prova e delle circostanze che ne dovrebbero costituire l'oggetto; *contra* Sez. 1, n. 02790/1991, Rv. 471285 - 01, secondo cui l'indicazione degli elementi e delle prove a supporto della querela di falso deve avvenire secondo i modi stabiliti dalla legge processuale e, perciò, ove si tratti di prova testimoniale, mediante indicazione specifica, ai sensi dell'art. 244 c.p.c., delle persone da interrogare e dei fatti, formulati in articoli separati, sui quali ciascuna di esse deve essere interrogata).

7. La confessione.

La confessione deve avere ad oggetto fatti obiettivi - la cui qualificazione giuridica spetta al giudice del merito - e risponde alla regola per la quale, ove la parte riferisca fatti a sé sfavorevoli, le sue dichiarazioni hanno valore confessorio. In quest'ottica, **Sez. 3, n. 05725/2019, Di Florio, Rv. 652838 – 01**, ha confermato la sentenza impugnata che aveva riconosciuto valenza confessoria alle dichiarazioni, rese dall'attrice in sede di interrogatorio formale, secondo cui la caduta, in assenza di ostacoli alla visione dei luoghi, era avvenuta in pieno giorno e mentre guardava la strada, piena di buche.

Nel corso dell'anno in esame la S.C. ha avuto altresì l'occasione per ribadire (**Sez. 6 - 1, n. 20255/2019, Falabella, Rv. 654723 - 01**) che le dichiarazioni rese dall'imputato nel dibattimento penale sono soggette al libero apprezzamento del giudice civile e non possono integrare una confessione giudiziale nel giudizio civile, atteso che questa ricorre, ai sensi dell'art. 228 c.p.c., soltanto nei casi in cui sia spontanea o provocata in sede di interrogatorio formale, quindi all'interno del giudizio civile medesimo (conf. Sez. 6 - 2, n. 15464/2013, Bertuzzi, Rv. 626966 - 01).

8. Il giuramento.

Sez. 6 - 2, n. 16216/2019, Sabato, Rv. 654607 – 01, ha confermato il principio (cfr. Sez. 3, n. 11964/2010, Uccella, Rv. 613159 – 01) in base al quale il giudice di merito deve sempre disporre il giuramento decisorio, benché deferito in via subordinata, anche se i fatti con esso dedotti siano stati già accertati o esclusi in base alle risultanze probatorie, purché il contenuto del giuramento abbia il carattere della decisorietà in ordine al *thema decidendum* oggetto della controversia.

Al fine di superare la prescrizione presuntiva, il giuramento decisorio da deferirsi al debitore deve essere formulato in modo chiaro e specifico e deve includere la tesi difensiva sostenuta dal debitore stesso, in modo che, a seguito della prestazione del giuramento, il giudice - con valutazione rimessa al suo apprezzamento, sindacabile solo in presenza di vizi logici o giuridici della motivazione - possa limitarsi a verificare l'*an iuratum sit*, onde accogliere o respingere la domanda sul punto che ne ha formato oggetto. Ne consegue che, come evidenziato da **Sez. 2, n. 27471/2019, Fortunato, Rv. 655672 - 01**, se il debitore si sia limitato ad eccepire in via generica l'estinzione, senza circostanziare le modalità del pagamento, la formula deve essere, a sua volta generica, mentre solo se sia stato precisamente indicato il modo in cui l'estinzione è avvenuta, detta formula deve aver riguardo alle circostanze del pagamento a pena di inammissibilità del giuramento.

9. La prova testimoniale.

La prova testimoniale deve essere dedotta, ai sensi dell'art. 244 c.p.c., mediante l'indicazione precisa delle persone da interrogare e dei fatti formulati per capitoli di prova. Per **Sez. 1, n. 01874/2019, Genovese, Rv. 652681 – 02**, l'esigenza di specificazione dei fatti sui quali i testimoni devono deporre è soddisfatta se, ancorché non precisati in tutti i loro minuti dettagli, tali fatti siano esposti nei loro elementi essenziali, per consentire al giudice di controllarne l'influenza e la pertinenza e mettere in grado la parte, contro la quale essa è diretta, di formulare un'adeguata prova contraria. Per **Sez. 2, n. 11765/2019, Sabato, Rv. 653805 – 01** (conf. Sez. L, n. 12642/2003, Toffoli, Rv. 566364 – 01), la verifica della specificità e della rilevanza dei capitoli formulati va condotta non soltanto alla stregua della loro letterale formulazione, ma anche in relazione agli altri atti di causa ed alle deduzioni delle parti, nonché tenendo conto della facoltà di chiedere chiarimenti e precisazioni ai testi, ai sensi dell'art. 253 c.p.c., da parte del giudice e dei difensori.

L'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 244 c.p.c. con riferimento sia alla genericità delle circostanze dedotte nei capitoli di prova sia alla indicazione delle persone indicate come testimoni, determina, secondo **Sez. 3, n. 03708/2019, Moscarini, Rv. 652821 – 01**, l'inammissibilità del mezzo istruttorio che, ove erroneamente ammesso ed espletato, non può essere tenuto in considerazione dal giudice.

Già in passato Sez. 1, n. 02201/2007, Del Core, Rv. 594918 – 01, aveva affermato che la disposizione dell'art. 244 c.p.c. deve considerarsi di carattere cogente.

L'indagine del giudice di merito sui requisiti di specificità e rilevanza dei capitoli formulati dalla parte istante va condotta, secondo Sez. 2, n. 14364/2018, Federico, Rv. 648842 – 01, non solo alla stregua della loro formulazione letterale, ma anche in correlazione all'adeguatezza fattuale e temporale delle circostanze articolate.

La facoltà del giudice di chiedere chiarimenti e precisazioni ex art. 253 c.p.c., di natura esclusivamente integrativa, non può, peraltro, tradursi in un'inammissibile sanatoria della genericità e delle deficienze dell'articolazione probatoria (cfr. n. 3280 del 2008, Rv. 601895 – 01; conf. Sez. 2, n. 14364/2018, cit.).

9.1. L'assunzione della prova testimoniale.

L'assunzione di testi che non siano stati preventivamente e specificamente indicati può essere consentita solamente nei casi previsti dall'art. 257 c.p.c., con una enunciazione che deve ritenersi tassativa, dal momento che l'obbligo della rituale indicazione è inderogabile e la preclusione ex art. 244 c.p.c. ha il suo fondamento nel sistema del vigente codice e si inquadra nel principio, espresso dal successivo

art. 245 c.p.c., secondo il quale il giudice provvede sull'ammissibilità delle prove proposte e sui testi da escutere con una valutazione sincrona e complessiva delle istanze che tutte le parti hanno sottoposto al suo esame. Da ciò **Sez. 2, n. 08929/2019, Dongiacomo, Rv. 653303 – 01** (conf. Sez. 2, n. 04071/1993, Calfapietra, Rv. 481710 – 01), ha tratto la conseguenza che la parte non può pretendere di sostituire i testi deceduti prima dell'assunzione con altri che non siano stati da essa stessa indicati nei modi e nei termini di cui all'art. 244 c.p.c.

Sez. L, n. 31293/2019, Cinque, Rv. 655906 - 01, ha aderito all'impostazione (Sez. 3, n. 03275/1997, P. Vittoria, Rv. 503718 – 01; *contra* Sez. L, n. 09136/2008, Napoletano, Rv. 602956 - 01), secondo cui nel rito del lavoro, per effetto del combinato disposto degli artt. 202, comma 1, 420, commi 5 e 6 e 250 c.p.c., vige il principio che il giudice provvede nella stessa udienza di ammissione della prova testimoniale alla audizione dei testi, comunque presenti, ma non può dichiarare decaduta la parte dalla prova per la loro mancata presentazione, essendone consentita la citazione solo a seguito del provvedimento di ammissione, con la conseguenza che il giudice dovrà fissare altra udienza per la prosecuzione della prova.

9.2. I limiti oggettivi.

La Seconda Sezione Civile, Ordinanza interlocutoria **20 novembre 2019, n. 30244**, Falaschi, ha disposto la trasmissione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ponendo la questione se in una transazione o anche, più in generale, in un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta *ad probationem*, sia operativo il divieto della prova per testi e se l'eventuale inammissibilità possa essere rilevata d'ufficio o debba, invece, essere eccepita dalla parte interessata entro il termine di cui all'art. 157, comma 2, c.p.c., nella prima istanza o difesa successiva alla sua articolazione; il quesito è stato posto all'interno della più ampia questione riguardante l'esistenza o meno di un unitario regime processuale relativo all'inammissibilità della prova testimoniale, derivante dal combinato disposto di cui agli artt. 2725 e 2729 c.c., applicabile indifferentemente sia ai contratti per i quali sia richiesta la forma scritta *ad probationem*, sia a quelli per cui la forma è richiesta *ad substantiam*.

9.3. La prova per testi nel processo tributario.

Sez. 5, n. 24531/2019, Triscari, non massimata, ha precisato che nel processo tributario, il divieto di prova testimoniale posto dall'art. 7 d.lgs. n. 546/1992, si riferisce alla prova testimoniale da assumere con le garanzie del contraddittorio e non implica, pertanto, l'impossibilità di utilizzare, ai fini della

decisione, le dichiarazioni che gli organi dell'amministrazione finanziaria sono autorizzati a richiedere anche ai privati nella fase amministrativa di accertamento che, proprio perchè assunte in sede extraprocessuale, rilevano quali elementi indiziari che possono concorrere a formare, unitamente ad altri elementi, il convincimento del giudice" (Cass. civ., 16 maggio 2019, n. 13174; Cass. civ., 7 aprile 2017, n. n. 9080); si è, al riguardo, precisato che tali dichiarazioni hanno il valore probatorio proprio degli elementi indiziari e, qualora rivestano i caratteri di gravità, precisione e concordanza di cui all'art. 2729 c.c., danno luogo a presunzioni (Cass. civ., 20 aprile 2007, n. 9402); infatti, dal divieto di ammissione della prova testimoniale non discende la inammissibilità della prova per presunzioni, ai sensi dell'art. 2729, comma 2, c.c., secondo il quale le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova testimoniale - poichè questa norma, attesa la natura della materia ed il sistema dei mezzi di indagine a disposizione degli uffici e dei giudici tributari, non è applicabile nel contenzioso tributario (Cass. civ., 23 ottobre 2006, n. 22804; Cass. civ., 21 gennaio 2015, n. 960).

In definitiva, il divieto di prova testimoniale nel processo tributario non impedisce che le dichiarazioni rese da terzi in sede extraprocessuale e recepite in forma di atto notorio o in verbali dell'Amministrazione costituiscano elementi indiziari, se non addirittura presuntivi, dei fatti cui si riferiscono, in linea con il principio del giusto processo (art. 6 Convenzione EDU).

10. L'incapacità a testimoniare.

La incapacità a testimoniare differisce dalla valutazione sull'attendibilità del teste, operando le stesse su piani diversi, atteso che l'una, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., dipende dalla presenza in un interesse giuridico (non di mero fatto) che potrebbe legittimare la partecipazione del teste al giudizio, mentre la seconda afferisce alla veridicità della deposizione che il giudice deve discrezionalmente valutare alla stregua di elementi di natura oggettiva (la precisione e completezza della dichiarazione, le possibili contraddizioni, ecc.) e di carattere soggettivo (la credibilità della dichiarazione in relazione alle qualità personali, ai rapporti con le parti ed anche all'eventuale interesse ad un determinato esito della lite). **Sez. 2, n. 21239/2019, Carrato, Rv. 655201 - 01** (conf. Sez. 3, n. 07763/2010, Talevi, Rv. 612273 - 01), ha precisato che anche uno solo degli elementi di carattere soggettivo, se ritenuto di particolare rilevanza, può essere sufficiente a motivare una valutazione di inattendibilità.

10.1. La casistica.

Per **Sez. 6 - 3, n. 19121/2019, Rossetti, Rv. 654450 – 01**, nei giudizi sulla responsabilità civile derivante da circolazione stradale, il terzo trasportato è incapace a deporre, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., quando abbia riportato danni in conseguenza del sinistro.

Nella controversia instaurata dal terzo trasportato mediante azione diretta ex art. 141 del d.lgs. n. 209 del 2005 non sono, invece, incapaci a testimoniare i soggetti coinvolti nel sinistro, ove la compagnia di assicurazioni del trasportante, chiamata a risarcire direttamente il terzo trasportato, non abbia messo in discussione l'incidente quanto al suo reale accadimento in danno dell'attore. In applicazione dell'enunciato principio, **Sez. 3, n. 01279/2019, Fiecconi, Rv. 652470 – 02**, ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato l'incapacità dei testi per il solo fatto che erano parti coinvolte nel sinistro, senza comparare il loro interesse al giudizio con quello dell'attrice, terza trasportata, correlato al solo onere di provare la riconducibilità causale delle lesioni lamentate all'occorso, per essere il sinistro indiscusso quanto al suo accadimento.

Sez. 6 - 2, n. 00098/2019, Criscuolo, Rv. 652214 – 02, ha confermato, ponendosi nel solco di Sez. L, n. 17630/2010, Zappia, Rv. 614324 – 01, che l'insussistenza, per effetto della decisione della Corte cost. n. 248 del 1994, del divieto di testimoniare sancito per i parenti dall'art. 247 c.p.c. non consente al giudice di merito un'aprioristica valutazione di non credibilità delle deposizioni rese dalle persone indicate da detta norma, ma neppure esclude che l'esistenza di uno dei vincoli in essa indicati possa, in concorso con ogni altro utile elemento, essere considerato dal giudice di merito - la cui valutazione non è censurabile in sede di legittimità, ove motivata - ai fini della verifica della maggiore o minore attendibilità delle deposizioni stesse.

10.2. Il giudizio civile di rinvio ex art. 622 c.p.p.

Nel giudizio civile di rinvio ex art. 622 c.p.p. si determina una piena *translatio* del giudizio sulla domanda, sicché la Corte di appello competente per valore, cui la Cassazione in sede penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, applica le regole processuali e probatorie proprie del processo civile. Da questa premessa **Sez. 3, n. 16916/2019, Dell'Utri, Rv. 654433 – 01**, ha tratto la conseguenza che non è consentita l'"utilizzazione", alla stregua di una testimonianza, delle dichiarazioni rese dalla persona offesa sentita quale testimone nel corso del processo penale, dovendo trovare applicazione, viceversa, il divieto sancito dall'art. 246 c.p.c. di assumere come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che ne potrebbe legittimare la partecipazione al giudizio, fermo restando che le medesime

dichiarazioni, potendo costituire fonte di convincimento ai fini della decisione, sono liberamente valutabili dal giudice, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti nell'ambito delle complessive risultanze istruttorie.

Ha seguito la stessa direttrice **Sez. 3, n. 15859/2019, Tatangelo, Rv. 654290 – 01**, affermando che la corte territoriale alla quale la causa sia stata rimessa deve adottare, in tema di nesso eziologico tra condotta ed evento di danno, il criterio causale del "più probabile che non" e non quello penalistico dell'alto grado di probabilità logica, anche a prescindere dalle contrarie indicazioni eventualmente contenute nella sentenza penale di rinvio.

E' a dire che in passato l'orientamento era di segno contrario, ritenendosi (Sez. 3, n. 13068/2004, Perconte Licatese, Rv. 574569 – 01) che la parte civile potesse legittimamente rendere testimonianza nel processo penale, non esistendo all'interno del processo penale una norma come l'art. 246 c.p.c., e tale testimonianza potesse essere sottoposta al cauto e motivato apprezzamento del giudice, che poteva fondare la sentenza di condanna anche soltanto su di essa; tale testimonianza avrebbe conservato il suo valore anche quando, con l'accoglimento del ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, il solo processo civile fosse proseguito dinanzi al giudice di rinvio, ex art. 622 c.p.c., giacché in tal caso avrebbero continuato ad applicarsi, *in parte qua*, le regole proprie del processo penale e la deposizione giurata della parte civile, ormai definitivamente acquisita, sarebbe dovuta essere esaminata dal giudice di rinvio esattamente come avrebbe dovuto esaminarla il giudice penale se le due azioni non si fossero occasionalmente separate.

CAPITOLO XI

IL PROCESSO DI PRIMO GRADO

(DI ANDREA PENTA)

SOMMARIO: 1. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria. 2. Il difetto di rappresentanza o di autorizzazione. 3. La *mutatio* e la *emendatio libelli*. 4. Gli incumbenti posti a carico delle parti a pena di decadenza. 5. La comparizione e la costituzione delle parti. 6. La rimessione in termini. 7. La rilevazione d'ufficio delle nullità. 8. La mancata riproposizione delle eccezioni e delle istanze istruttorie. 9. Gli interventi, la riunione e la separazione delle cause. 10. La fase decisoria. 11. La correzione dei provvedimenti giudiziali. 12. La tutela del contumace. 13. La sospensione del processo. 14. L'interruzione del processo. 15. La riassunzione del processo interrotto. 16. L'estinzione del processo.

1. La nullità dell'atto di citazione ed i meccanismi di sanatoria.

In termini generali, chi agisce in giudizio non può proporre la sua domanda in modo generico, ma deve consentire che il suo contenuto sia compiutamente identificato e percepito, affinché possa essere oggetto di accertamento, sia in fatto, che in diritto.

Come è noto, per effetto della disciplina di cui all'art. 164, comma 2, c.p.c. i vizi relativi alla *vocatio in ius* sono sanati con effetto *ex tunc* e quelli relativi alla *editio actionis* con effetto *ex nunc* (Sez. 6 - L. n. 23667/2018, L. Esposito, Rv. 650579 – 01).

Sez. 3, n. 23979/2019, Sestini, Rv. 655105 - 01, ha ribadito (nello stesso senso già Sez. 3, n. 13079/2018, Scoditti, Rv. 648711 - 01) che la mancanza nella citazione di tutti i requisiti indicati dall'art. 164, comma 1, c.p.c. e, quindi, di tutti gli elementi integranti la *vocatio in ius*, non vale a sottrarla (anche se trattasi di citazione in appello) all'operatività dei meccanismi di sanatoria *ex tunc* previsti dal secondo e terzo comma della medesima disposizione. Ne consegue che, quando la causa, una volta iscritta al ruolo, venga chiamata all'udienza di comparizione (che, per la mancata indicazione dell'udienza, dev'essere individuata ai sensi dell'art. 168-bis, comma 4, c.p.c.), il giudice, ove il convenuto non si costituisca, deve ordinare la rinnovazione della citazione, ai sensi e con gli effetti dell'art. 164, comma 1, c.p.c., mentre se si sia costituito deve applicare l'art. 164, comma 3, c.p.c., salva la richiesta di concessione di termine per l'inosservanza del termine di comparizione.

Dal canto suo, **Sez. 1, n. 11549/2019, Pazzi, Rv. 653767 – 01**, ha confermato, sia pure in tema di giudizio di appello, che, se tra la notifica dell'atto di citazione e l'udienza di comparizione intercorre un termine inferiore a novanta giorni, come prescritto dall'art. 163 bis c.p.c. (cui rinvia l'art. 359 c.p.c.), l'atto è nullo ex art. 164, comma 1, c.p.c. e deve applicarsi il secondo comma di tale norma, secondo cui, in caso di mancata costituzione del convenuto, il giudice, rilevata la nullità della

citazione, ne dispone la rinnovazione entro un termine perentorio. La sanatoria del vizio ha efficacia *ex tunc* e l'atto risulta valido ed efficace fin dalla prima notifica, così da impedire il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, non assumendo alcun rilievo che sia già decorso il termine per impugnazione al momento del rinnovo.

In proposito, ha precisato **Sez. 3, n. 28810/2019, Sestini, Rv. 655959 – 01**, che, nel caso in cui il giudice abbia ordinato la rinnovazione dell'atto introduttivo per mancato rispetto del termine a comparire, è nulla la rinnovazione eseguita mediante la notifica della combinazione del primo atto di citazione (indicante, per la prima comparizione, una data già trascorsa) e del verbale contenente l'ordinanza di fissazione della nuova udienza, in quanto l'atto manca della chiarezza indispensabile all'evocazione in lite di una parte non ancora assistita da difensore, ferma restando la sanatoria dell'invalidità in caso di raggiungimento dello scopo e, cioè, di costituzione del convenuto.

2. Il difetto di rappresentanza o di autorizzazione.

Nei giudizi introdotti successivamente all'entrata in vigore della l. n. 69 del 2009, l'effetto sanante *ex tunc* previsto dall'art. 182, comma 2, c.p.c. si determina non solo quando la parte produca le necessarie autorizzazioni nel termine assegnatole dal giudice, ma anche quando le produca autonomamente a seguito dell'eccezione di controparte, atteso che, una volta proposta dall'avversario una eccezione di difetto di rappresentanza, la parte è chiamata a contraddire e, quindi, deve produrre l'opportuna documentazione senza attendere l'assegnazione di un apposito termine giudiziale. Il principio, affermato da **Sez. 2, n. 23940/2019, Cosentino, Rv. 655357 - 01**, si inserisce nel solco di una impostazione (Sez. 2, n. 24212/2018, Sabato, Rv. 650641 – 01; n. 4248 del 2016, Rv. 638746 – 01) secondo cui, mentre ai sensi dell'art. 182 c.p.c. il giudice che rileva d'ufficio un difetto di rappresentanza deve promuovere la sanatoria, assegnando alla parte un termine di carattere perentorio, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze di carattere processuale, nel diverso caso in cui l'eccezione di difetto di rappresentanza sia stata tempestivamente proposta da una parte, l'opportuna documentazione va prodotta immediatamente, non essendovi necessità di assegnare un termine, che non sia motivatamente richiesto o comunque assegnato dal giudice, giacché sul rilievo di parte l'avversario è chiamato a contraddire.

Sez. 2, n. 08933/2019, Orilia, Rv. 653305 – 02, ha ribadito (Sez. 6 - 3, n. 26465/2011, De Stefano, Rv. 620618 – 01) che il nuovo testo dell'art. 182, comma 2, c.p.c., secondo cui il giudice, che rilevi la nullità della procura, assegna un termine per il rilascio della medesima procura o per la rinnovazione della stessa, non ha

portata meramente interpretativa e non si applica, perciò, retroattivamente, atteso il tenore testuale fortemente innovativo della norma.

Sulla delicata questione della possibilità di regolarizzare *ex post* la mancanza assoluta della procura *ad litem*, si assiste ad un contrasto di vedute, che è auspicabile venga composto a breve dalle Sezioni Unite.

Invero, mentre per Sez. 5, n. 19399/2018, Dell'Orfano, Rv. 649721 – 01, la mancanza originaria della procura alle liti conferita al difensore non potrebbe essere sanata ai sensi dell'art. 182 c.p.c., trattandosi di requisito preliminare di ammissibilità dell'instaurazione del giudizio, in assenza del quale l'attività svolta dal legale non produce alcun effetto nei confronti della parte, secondo Sez. 2, n. 10885/2018, Giannaccari, Rv. 648173 – 01, l'art. 182, comma 2, c.p.c., troverebbe applicazione anche qualora la procura mancasse del tutto, restando irrilevante la distinzione tra nullità e inesistenza della stessa.

A ben vedere, questo contrasto si riflette su un altro ambito strettamente connesso. A fronte, infatti, di un orientamento (**Sez. 3, n. 28824/2019, Porreca, Rv. 655788 - 01**; conf. Sez. 6 - 1, n. 26948/2017, Genovese, Rv. 647047 - 01) secondo cui l'art. 182, secondo comma, c.p.c. (sia pure nel testo, applicabile *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009), secondo cui il giudice che rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione "può" assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, deve essere interpretato, anche alla luce della modifica apportata dall'art. 46, comma 2, della l. n. 69 del 2009, nel senso che il giudice "deve" promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio ed indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa (con effetti *ex tunc*, senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali), si pone un altro indirizzo (**Sez. 2, n. 08933/2019, Orilia, Rv. 653305 - 01**), a mente del quale il principio secondo il quale gli atti posti in essere da soggetto privo, anche parzialmente, del potere di rappresentanza possono essere ratificati con efficacia retroattiva (salvi i diritti dei terzi) non opera nel campo processuale, ove la procura alle liti costituisce il presupposto della valida instaurazione del rapporto processuale e può essere conferita con effetti retroattivi solo nei limiti stabiliti dall'art. 125 c.p.c., il quale dispone che la procura al difensore può essere rilasciata in data posteriore alla notificazione dell'atto, purché anteriormente alla costituzione della parte rappresentata, e sempre che per l'atto di cui trattasi non sia richiesta dalla legge la procura speciale, restando conseguentemente esclusa, in questa ipotesi, la possibilità di sanatoria e ratifica.

Sez. 6 - 3, n. 29802/2019, D'Arrigo, Rv. 656157 – 02, ha avuto modo di chiarire che, ai sensi dell'art. 182, comma 2, c.p.c., nell'ambito dei poteri officiosi assegnati al giudice al fine di consentire la sanatoria dei vizi afferenti alla procura

alle liti appositamente rilasciata per il giudizio in corso rientra anche quello di verificare d'ufficio se agli atti del processo risulti l'esistenza di un altro mandato difensivo conferito anche per il grado che si sta celebrando, così da rendere superflua la rinnovazione della procura viziata.

L'ambito applicativo dell'istituto si è di molto ampliato.

Lo stesso è ormai invocabile anche nel processo tributario, pur in presenza della norma speciale di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 546 del 1992, in forza del principio di integrazione delle disposizioni non incompatibili dettate dal codice di procedura civile sancito dall'art. 1 dello stesso decreto, sicché il difetto di legittimazione processuale della persona fisica che agisca in rappresentanza organica di un altro soggetto può essere sanato, in ogni stato e grado del giudizio, con efficacia retroattiva, rispetto agli atti processuali già compiuti, a seguito della costituzione in causa del soggetto dotato dell'effettiva rappresentanza, che manifesti la volontà, anche tacita, di ratificare la condotta difensiva del *falsus procurator*. In applicazione di tale principio, **Sez. 5, n. 17986/2019, D'Orazio, Rv. 654749 – 01**, a fronte della proposizione del ricorso in primo grado da parte dell'amministratore di una società, in luogo del liquidatore, amministratore che, dopo la cancellazione dell'ente dal registro delle imprese, si era costituito in causa in qualità di socio ed era successivamente deceduto, ha ritenuto validamente ratificata, in mancanza di interruzione del processo, l'attività processuale compiuta in ragione della prosecuzione del giudizio da parte dei soggetti legittimati, ossia gli eredi del *de cuius*, unico socio.

Già nel corso del 2018 l'articolo in esame era stato ritenuto applicabile al giudizio d'appello (Sez. L, n. 06041/2018, Cavallaro, Rv. 647527 – 01) e nel procedimento prefallimentare (Sez. 1, n. 05259/2018, Di Virgilio, Rv. 647638 – 01), alla luce del rilievo per cui trattasi di norma non eccezionale e suscettibile, pertanto, di interpretazione estensiva ed applicazione analogica.

Alla base di questa apertura della giurisprudenza di legittimità vi è il diritto di accesso al giudice, sancito dall'art. 6, par. 1, della CEDU, che può essere limitato soltanto nella misura in cui sia necessario per perseguire uno scopo legittimo (cfr. Sez. U, n. 26338/2017, D'Ascola, Rv. 645818).

3. La mutatio e la emendatio libelli.

Va premesso che, come confermato da **Sez. 2, n. 26880/2019, Oliva, Rv. 655664 - 01** (conf. Sez. 1, n. 20178/2010, Cultrera, Rv. 614253 - 01), l'eccezione riconvenzionale, pur ampliando il tema della controversia, tendendo a paralizzare il diritto della controparte, rimane nell'ambito della difesa e del petitum e, quindi, si

differenza dalla domanda riconvenzionale che, invece, è diretta ad ottenere l'accertamento di un diritto con autonomo provvedimento avente forza di giudicato.

Per **Sez. 6 - 3, n. 30745/2019, Rossetti, Rv. 656177 - 01**, la memoria di cui all'art. 183, comma sesto, n. 1, c.p.c., consente all'attore di precisare e modificare le domande "già proposte", ma non di proporre le domande e le eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni formulate dal convenuto, le quali vanno invece proposte a pena di decadenza entro la prima udienza di trattazione.

In termini generali, il divieto di proporre domande nuove nel corso del processo deve ritenersi violato solo se la parte fa valere una pretesa obiettivamente diversa da quella originaria, attraverso l'immutazione dell'oggetto della domanda o dei fatti posti a fondamento di essa, e non anche quando essa precisi una domanda implicitamente compresa in quella originaria, come presupposto indispensabile o come logica conseguenza immediata e diretta del suo accoglimento, o formuli un'istanza resa necessaria da una nuova e imprevedibile eccezione della controparte (in questi termini Sez. 2, n. 02093/2018, Abete).

Sempre in termini generali **Sez. 6 - 3, n. 03363/2019, Scoditti, Rv. 653003 - 01**, ha precisato che l'identificazione della *causa petendi* va operata con riguardo all'insieme delle indicazioni contenute nell'atto di citazione e dei documenti ad esso allegati ai quali, quindi, può essere riconosciuta una funzione di chiarificazione del quadro allegatorio già prospettato, purché risultino specificamente indicati nell'atto di citazione, come prescritto dall'art. 163, comma 3, n. 5, c.p.c.

Sez. U, Sentenza n. 12310 del 15/06/2015, hanno chiarito che la modificazione della domanda ammessa ex art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali.

Nel solco di questa impostazione si sono inserite quest'anno alcune pronunce.

Secondo **Sez. 3, n. 31078/2019, Iannello, Rv. 655978 - 01**, la modificazione della domanda, consentita dall'art. 183, comma 6, c.p.c., può riguardare uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, per ciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali.

Per **Sez. 3, n. 04322/2019, Gorgoni, Rv. 652667 - 01**, la modificazione della domanda, consentita dall'art. 183, comma 6, c.p.c., può riguardare uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che,

per ciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali. In quest'ottica, la S.C. ha ritenuto ammissibile la modificazione dell'originaria domanda di pagamento di canoni di locazione in quella di indennità di occupazione *sine titulo*, proposta in via subordinata a seguito dell'eccezione di nullità del contratto ad opera del convenuto. Tale pronuncia si pone in linea con Sez. 6 - 1, n. 13091/2018, Falabella, Rv. 649542 – 01, la quale aveva ritenuto ammissibile la modificazione dell'originaria domanda risarcitoria, formulata da un investitore nei confronti dell'intermediario finanziario in quella di risoluzione per inadempimento, tenuto conto che entrambe le richieste riguardavano la stessa operazione di compravendita titoli ed erano fondate sull'allegazione dei medesimi comportamenti inadempienti dell'intermediario. Poco dopo Sez. 3, n. 22540/2018, Rv. 650853 – 01, in un giudizio per risarcimento danni da sinistro stradale, aveva reputato ammissibile la sostituzione dell'originaria domanda del terzo trasportato, tesa a far valere la responsabilità del proprietario del veicolo fondata sul contratto di trasporto concluso tra le parti, con un'altra basata sulla presunzione di responsabilità del proprietario medesimo, ex art. 2054 c.c.

Per **Sez. 2, n. 11369/2019, Abete, Rv. 653713 – 01**, nel giudizio di reintegrazione da spoglio, sussiste domanda nuova, inammissibile a norma dell'art. 183 c.p.c., soltanto nel caso in cui, in corso di causa, venga indicato, come oggetto di spoglio, un bene diverso da quello menzionato nell'atto introduttivo, giacché alla privazione di un bene diverso corrisponde una controversia che esorbita dai limiti dell'originaria pretesa. Per contro, il solo mutamento della prospettazione di elementi relativi al possesso dello stesso bene (modalità, limiti, titolo giustificativo) o allo spoglio (modi d'esecuzione, clandestinità, violenza) non integra un mutamento, ma una semplice modificazione della domanda. In applicazione dell'enunciato principio, la S.C., nel richiamare le motivazioni presenti in Sez. 2, n. 01374/1976, Carotenuto, Rv. 380081 – 01, ha cassato la sentenza del giudice d'appello che aveva reputato nuova la domanda di reintegrazione nel possesso di una servitù di passaggio che, alla prima udienza di trattazione, era stata estesa, con riguardo alle modalità del suo esercizio, a mezzi meccanici di più modeste dimensioni rispetto a quelli indicati nell'atto introduttivo.

Richiamando le direttive prospettate dalle Sezioni Unite nel 2015 e ribadite da Sez. 3, n. 16807/2018, Graziosi, Rv. 649420 – 01 (nel senso che deve trattarsi della stessa domanda iniziale modificata, eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali, o di una domanda diversa che, comunque, non si aggiunga alla prima, ma la sostituisca, ponendosi, pertanto, rispetto a quella, in un rapporto di alternatività. **Sez. 2, n. 11226/2019, Giuseppe Grasso, Rv. 653638 – 01**, ha affermato che la modificazione della domanda ammessa ex art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa*

petendi), purché la domanda così modificata non si aggiunga a quella iniziale, ma la sostituisca e si ponga, dunque, rispetto ad essa, in rapporto di alternatività. Pertanto, la domanda finalizzata ad ottenere il rispetto delle distanze tra costruzioni ex art. 873 c.c., che si aggiunga a quella inizialmente proposta per assicurare il rispetto delle distanze legali dalle vedute ex art. 907 c.c., è da considerare nuova e, quindi, inammissibile, stante il diverso scopo perseguito dai due istituti, senza che rilevi la natura autodeterminata dei diritti coinvolti (sul punto vedasi *postea*), poiché dette azioni non riguardano l'accertamento del diritto di proprietà o di altri diritti reali di godimento, postulando, al contrario, che questi non siano controversi.

La modificazione della domanda ex art. 183 c.p.c. è consentita sempre che rimangano immutate le parti del giudizio, nonché la vicenda sostanziale oggetto dello stesso. E così, in un giudizio di revocazione ordinaria di un atto di disposizione patrimoniale, **Sez. 3, n. 14369/2019, Guizzi, Rv. 654204 – 01**, ha ritenuto non ammissibile la sostituzione dell'originaria domanda tesa a conseguire la declaratoria di inefficacia dell'atto di cessione di un credito avente titolo negoziale, con altro di natura risarcitoria derivante da illecito aquiliano, tenuto conto che il credito su cui l'attrice mirava a basare la proposta azione revocatoria era non solo diverso per titolo da quello originario, ma anche connotato da un incerto collegamento con la vicenda già posta all'esame dell'adito giudice (nello stesso senso, in un recente passato Sez. 3, n. 22540/2018, Guizzi, Rv. 650853 – 01).

Allargando il concetto espresso dalle Sezioni Unite, per **Sez. 3, n. 22865/2019, Guizzi, Rv. 655092 - 01**, integra domanda nuova la richiesta di condanna al risarcimento dei danni da illecito aquiliano proposta per la prima volta nella memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., e formulata in via subordinata (e non sostitutiva) rispetto alla domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale proposta nell'originario atto introduttivo della lite.

A loro volta, Sez. U, n. 22404/2018, Scrima, Rv. 650451 – 01, avevano già affermato che nel processo introdotto mediante domanda di adempimento contrattuale è ammissibile la domanda di indennizzo per ingiustificato arricchimento formulata, in via subordinata, con la prima memoria ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c., qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa per incompatibilità a quella originariamente proposta.

Nell'ambito della responsabilità aquiliana si segnalano altre due pronunce.

Sez. 6 - 3, n. 15523/2019, Scoditti, Rv. 654310 – 01, ha affermato che l'unitarietà del diritto al risarcimento ed il suo riflesso processuale sull'ordinaria infrazionabilità del giudizio di liquidazione comportano che, quando un soggetto agisca in giudizio per chiedere il risarcimento dei danni a lui cagionati da un dato comportamento del convenuto, la domanda si deve riferire a tutte le possibili voci

di danno originate da quella condotta. Ne consegue che, laddove nell'atto introduttivo siano indicate specifiche voci di pregiudizio, a tale indicazione deve riconoscersi valore meramente esemplificativo dei vari profili di pregiudizio dei quali si intenda ottenere il ristoro, a meno che non si possa ragionevolmente ricavarne la volontà attorea di escludere dal *petitum* le voci non menzionate.

Dal canto suo, **Sez. 2, n. 02038/2019, Dongiacomo, Rv. 652251 – 01**, ha escluso (in ciò allineandosi a Sez. 3, n. 16819/2003, Vittoria, Rv. 567988 - 01) che costituisca domanda nuova, dovendosi, per l'effetto, ritenersi ammessa nel corso di tutto il giudizio di primo grado e finché non si precisano le conclusioni, la modificazione quantitativa del risarcimento del danno in origine richiesto, intesa non esclusivamente come modifica della valutazione economica del danno costituito dalla perdita o dalla diminuzione di valore di una cosa determinata, ma anche come richiesta dei danni, provocati dallo stesso fatto che ha dato origine alla causa, che si manifestano solo nel corso del giudizio.

Già in passato Sez. 6 - 3, n. 25631/2018, Rossetti, Rv. 651369 – 01, aveva avuto il merito di circoscrivere, in tema di risarcimento dei danni, la derogabilità del principio generale di immodificabilità della domanda originariamente proposta a tre ipotesi: 1) nel caso di riduzione della domanda (riduzione della somma originariamente richiesta); 2) nel caso di danni incrementali (quando il danno originariamente dedotto in giudizio si sia ulteriormente incrementato nel corso dello stesso, ferma l'identità del fatto generatore); 3) nel caso di fatti sopravvenuti, quando l'attore deduca che, dopo il maturare delle preclusioni, si siano verificati ulteriori danni, anche di natura diversa da quelli descritti con l'atto introduttivo.

Per quanto riguarda l'allegazione in giudizio di nuovi fatti costitutivi del diritto fatto valere, è nota la distinzione fra diritti c.d. autoindividuati e diritti c.d. eteroindividuati. Per i diritti autoindividuati è pacifica la possibilità di allegare in giudizio altre fattispecie acquisitive, oltre a quella (eventualmente) già indicata in citazione (si pensi all'acquisto a titolo originario per usucapione, dopo che l'esistenza del diritto di proprietà era stata fondata su di un titolo contrattuale o su una successione ereditaria, e viceversa). Per i diritti eteroindividuati, invece, l'allegazione in giudizio di nuovi fatti è consentita, purché ciò non porti alla modificazione del diritto dedotto in giudizio: purché, in altri termini, il fatto nuovo allegato non identifichi una diversa situazione sostanziale.

Rappresenta ormai un principio consolidato quello secondo cui la proprietà e gli altri diritti reali di godimento appartengono alla categoria dei cd. diritti autodeterminati, che si identificano in base alla sola indicazione del loro contenuto e non per il titolo che ne costituisce la fonte, la cui eventuale deduzione non assolve ad una funzione di specificazione della domanda o dell'eccezione, ma è necessaria ai soli fini della prova: ne consegue che l'allegazione, nel corso del giudizio inteso

alla tutela del diritto di proprietà, di un titolo diverso rispetto a quello posto originariamente a fondamento della domanda rappresenta solo un'integrazione delle difese che non dà luogo alla proposizione di una domanda nuova, così come non implica alcuna rinuncia a che il primo titolo dedotto venga anch'esso preso in considerazione né influisce in alcun modo sulle conclusioni, che restano, comunque, cristallizzate nel medesimo *petitum*, consistente nella richiesta di accertamento del diritto di proprietà. Il principio è stato ribadito da **Sez. 2, n. 21641/2019, Dongiacomo, Rv. 654906 – 02**, in una fattispecie in cui la parte aveva chiesto, in citazione, l'accertamento della proprietà esclusiva di un fondo, per averla personalmente usucapita e, successivamente, in comparsa conclusionale, per averla usucapita un terzo, di cui esso attore era divenuto erede *pro quota*.

In definitiva, la deduzione in giudizio della fattispecie acquisitiva di un diritto autoindividuato non necessariamente deve essere contenuta nella citazione (in quanto non fa parte dell'*editio actionis*), e può essere operata per la prima volta anche in sede di trattazione. Infatti, le preclusioni relative alla citazione riguardano solo l'individuazione dell'oggetto del processo: e la fattispecie acquisitiva non serve, nei diritti autoindividuati, ad individuare tale oggetto.

4. Gli incombenti posti a carico delle parti a pena di decadenza.

La inammissibilità, per tardività, dell'eccezione di prescrizione di un diritto non consente la riproposizione della medesima difesa, sia pure in via di azione, in un secondo giudizio, successivamente riunito al primo in quanto, ove fosse consentito rimediare alla tardività "rimettendo la palla in gioco" per mezzo di una nuova citazione, non solo risulterebbe agevolmente, anzi banalmente, elusa la decadenza, avente funzione di ordine pubblico processuale, ma resterebbe anche sensibilmente minato il diritto di difesa della controparte che, diligentemente attenutasi al rispetto delle decadenze processuali e impostata la propria strategia tenendo conto dell'avversa difesa, subirebbe l'abuso dell'aggiramento della preclusione. **Sez. 2, n. 22342/2019, Giuseppe Grasso, Rv. 654923 – 01**, ha affermato il principio che precede in una fattispecie relativa alla richiesta di accertamento della prescrizione del diritto alla restituzione di un bene immobile, in conseguenza della declaratoria di nullità del relativo atto di compravendita, formulata in via di azione in un giudizio successivamente riunito ad altro, già pendente, in cui la prescrizione del medesimo diritto aveva formato oggetto di un'eccezione tardiva, siccome formulata oltre il termine ex art. 180 c.p.c., come novellato dalla l. n. 353 del 1990.

In proposito **Sez. 6 - 2, n. 13472/2019, Fortunato, Rv. 654051 – 01**, ha evidenziato che, in caso di mutamento del rito ex art. 4 del d.lgs. n. 150 del 2011

(cui si rinvia) restano ferme le preclusioni già verificatesi secondo le norme del rito prescelto.

Sez. 2, n. 15926/2019, Giannaccari, Rv. 654335 – 01, ha posto in rilievo che il giudizio di scioglimento di comunioni non è del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale, intraprendendo i singoli condividenti le loro strategie difensive anche all'esito delle richieste e dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione ed acquisendo rilievo gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, che modificchino il numero e l'entità delle quote; ne deriva il diritto delle parti del giudizio divisorio di modificare, anche in sede di appello (nella specie, all'udienza di precisazione delle conclusioni), le proprie conclusioni e richiedere per la prima volta l'attribuzione, per intero o congiunta, del compendio immobiliare, integrando tale istanza una mera modalità di attuazione della divisione.

Ciò premesso, le preclusioni e le decadenze sono soggette ad un particolare regime in tema di divisioni giudiziali.

E così per **Sez. 2, n. 19833/2019, Felice Manna, Rv. 654974 – 02**, la domanda di collazione non è sottoposta ai termini di cui all'art. 167 c.p.c., in quanto l'obbligo della collazione sorge automaticamente a seguito dell'apertura della successione e i beni donati devono essere conferiti indipendentemente dalla proposizione di una domanda dei condividenti, salva l'espressa dispensa da parte del *de cuius* nei limiti in cui sia valida; la domanda di accertamento dell'esistenza di una donazione indiretta, viceversa, pregiudiziale all'accoglimento della domanda di collazione, è soggetta ai termini di decadenza ex art. 167 c.p.c. e non può essere proposta per la prima volta in sede di precisazione delle conclusioni, integrando un'ipotesi di ampliamento o mutamento della domanda (conf. n. 09367 del 2013, Rv. 625724 – 01).

L'azione di rendiconto costituisce, invece, un'azione autonoma e distinta rispetto alla domanda di scioglimento della comunione, sicché la domanda riconvenzionale con la quale si intende chiedere il rendiconto deve essere proposta, a pena di inammissibilità, con la comparsa di risposta ai sensi dell'art. 167 c.p.c. In questi termini si è espressa **Sez. 2, n. 15182/2019, Dongiacomo, Rv. 654082 – 02**, in una fattispecie in cui la domanda riconvenzionale di rendiconto era stata proposta, tardivamente, per la prima volta, con la memoria ex art. 183, comma 5, c.p.c., nella formulazione in vigore anteriormente alle modifiche apportate con il d.l. n. 35 del 2005, conv. in l. n. 80 del 2005, applicabile *ratione temporis*.

5. La comparizione e la costituzione delle parti.

Sez. 1, n. 06061/2019, Acierno, Rv. 653100 – 01, ha ritenuto non applicabile l'art. 181, comma 1, c.p.c. in tema di riconoscimento della protezione internazionale

dello straniero, sicchè nel procedimento di merito in unico grado, così come, prima delle modifiche di cui al d.l. n. 13 del 2017, nel giudizio di reclamo avanti alla corte d'appello, in caso di difetto di comparizione della parte interessata alla prima udienza, il giudice, verificata la regolarità della notificazione del ricorso e del decreto, deve decidere nel merito, restando esclusa la possibilità di una pronuncia di improcedibilità per "disinteresse" alla definizione o di rinvio della trattazione (salvo che, in tal caso, si sia verificata un'irregolarità nelle notificazioni) o di non luogo a provvedere (conf. n. 23915 del 2011, Rv. 620589 – 01).

In tema di iscrizione a ruolo della causa, la norma dell'art. 168 c.p.c. (applicabile anche al procedimento davanti al giudice di pace), quanto alla possibilità dell'iscrizione a ruolo da parte del convenuto, va interpretata nel senso che l'inciso "se questi [*scilicet*: l'attore] non si è costituito" si riferisce sia alla mera mancanza di costituzione dell'attore, sia a tale mancanza per effetto della scadenza del termine di cui all'art. 165 c.p.c. Ne consegue che, secondo **Sez. 6 - 3, n. 11329/2019, De Stefano, Rv. 653610 – 02**, deve essere condivisa l'interpretazione che ammette la costituzione del convenuto anche prima che sia scaduto il termine per la costituzione dell'attore e ne fa derivare la legittimità dell'iscrizione a ruolo su sua sollecitazione prima della scadenza di quel termine.

6. La rimessione in termini.

Ormai la rimessione in termini è diventata un rimedio restitutorio di carattere generale - non limitato alla fase istruttoria del procedimento ordinario di cognizione -, che si aggiunge agli speciali rimedi già previsti per specifiche situazioni (si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 294 c.p.c. per la rimessione in termini del convenuto contumace, all'art. 208 c.p.c. per la revoca dell'ordinanza di decadenza della prova, all'art. 104 disp. att. c.p.c. per la revoca dell'ordinanza che ha dichiarato la decadenza dall'assunzione della prova testimoniale). Pertanto, trova applicazione, alla luce dei principi costituzionali di tutela delle garanzie difensive e del giusto processo, non solo con riguardo alla decadenza dai poteri processuali interni al giudizio, ma anche a situazioni esterne al suo svolgimento, quale la decadenza dal diritto di impugnazione (Sez. 5, n. 03277/2012, Rv. 622005 – 01, in motivazione).

In termini generali, la tardività o si ricollega a circostanze sopravvenute di fatto o di diritto (*ius superveniens*) o dipende: a) dalla previa ignoranza incolpevole di una situazione già esistente; b) dalla incolpevole impossibilità di rispettare un termine comunque noto; c) dal caso fortuito o dalla forza maggiore.

In particolare, secondo l'orientamento più rigoroso ed allo stato prevalente, il presupposto della rimessione in termini è che la parte dimostri di essere incorsa nelle decadenze previste dagli artt. 183, comma 6, c.p.c. per causa non solo ad essa non

imputabile (perché cagionata da un fattore estraneo alla sua volontà), ma anche assoluta, non essendo sufficiente la prova di un'impossibilità relativa, cioè della semplice difficoltà, ovvero dell'impedimento che possa comunque essere superato, anche se con una intensità di sforzo o di diligenza superiore alla norma. Da ciò deriva che, di fatto, la causa non imputabile coincide con il caso fortuito e la forza maggiore, vale a dire con quegli accadimenti imprevedibili ed inevitabili con una diligenza superiore al normale.

La rimessione in termini per causa non imputabile, in entrambe le formulazioni che si sono succedute (artt. 184 bis e 153 c.p.c.), ossia per errore cagionato da fatto impeditivo estraneo alla volontà della parte, che presenti i caratteri dell'assolutezza e non della mera difficoltà e si ponga in rapporto causale determinante con il verificarsi della decadenza, non è invocabile in caso di errori di diritto nell'interpretazione della legge processuale, pur se determinati da difficoltà interpretative di norme nuove o di complessa decifrazione, in quanto imputabili a scelte difensive rivelatesi sbagliate. Questo principio è stato affermato da **Sez. U, n. 04135/2019, Lamorgese, Rv. 652852 – 03**, in relazione ad un'ipotesi in cui il difensore aveva rinunciato ad impugnare il lodo per errori di diritto, ritenendo tale possibilità esclusa dalla lettera dell'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006 anche in riferimento a convezione arbitrale risalente a data anteriore all'entrata in vigore della norma, interpretazione smentita dalla S.C. solo successivamente all'impugnazione del lodo medesimo.

Con riferimento al processo tributario, **Sez. 5, n. 06102/2019, Condello, Rv. 652790 – 01**, ha affermato che, così come in quello civile, il provvedimento di rimessione in termini, reso sia ai sensi dell'art. 184-bis c.p.c., che del vigente art. 153, comma 2, c.p.c., presuppone una tempestiva istanza della parte che assuma di essere incorsa nella decadenza da un'attività processuale per causa ad essa non imputabile.

7. La rilevazione d'ufficio delle nullità.

La rilevazione d'ufficio delle nullità negoziali - sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, e altresì per le ipotesi di nullità speciali o di protezione - è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base a una individuata "ragione più liquida", e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio. La loro dichiarazione, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa - salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte - del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia

di giudicato in assenza di sua impugnazione (Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633502 – 01).

Inserendosi nel solco di tale impostazione, **Sez. 2, n. 03308/2019, Rv. 652439 – 01**, ha ritenuto che la sentenza, emessa in altro giudizio e passata in giudicato, con la quale era stata incidentalmente dichiarata la nullità del contratto preliminare di vendita del diritto d'uso di un box auto, spiegasse i suoi effetti anche nel successivo giudizio instaurato dalla promittente alienante nei confronti dei promissari acquirenti per il rilascio del bene e per il pagamento delle spese di gestione e dell'indennità di occupazione.

8. La mancata riproposizione delle eccezioni e delle istanze istruttorie.

Va premesso che nel procedimento ordinario di cognizione, così come l'udienza per l'assunzione dei mezzi istruttori indicata dall'art. 184 c.p.c. non costituisce un momento indefettibile che debba necessariamente precedere la rimessione della causa al collegio, simmetricamente è da escludere che le parti abbiano diritto all'immediata fissazione della udienza di precisazione delle conclusioni, atteso che l'art. 187 del codice di rito affida alla discrezionalità del giudice l'apprezzamento del "se" la causa "sia matura per la decisione" senza necessità di assunzione di mezzi di prova, ciò che può avvenire, secondo **Sez. 3, n. 01036/2019, Guizzi, Rv. 652655 – 01**, se tra le parti sia insorta controversia solo in punto di diritto relativamente a diritti disponibili delle parti, o se i fatti controversi siano provati attraverso documenti, ovvero quando le parti stesse non abbiano chiesto l'ammissione di prove sui punti controversi.

Anche nell'ottica di uno spirito di collaborazione, sempre più spesso i giudici di legittimità sanzionano in qualche modo i comportamenti inerti o equivoci assunti dalle parti (e, per essi, dai loro difensori) nel corso del processo.

In questo contesto la mancata riproposizione di un'eccezione al momento della precisazione delle conclusioni ne comporta l'abbandono, assumendo rilievo solo la volontà espressa della parte, in ossequio al principio dispositivo che informa il processo civile. In applicazione dell'enunciato principio, **Sez. 3, n. 22887/2019, Moscarini, Rv. 654941 – 01**, ha confermato la decisione della corte territoriale che aveva considerato come rinunciata un'eccezione di prescrizione non reiterata nell'atto di precisazione delle conclusioni di primo grado.

Già in passato Sez. 5, n. 16840/2013, Rv. 627060 – 01, aveva considerato irrilevante in tal senso la volontà rimasta inespressa. Tuttavia, il principio è tutt'altro che pacifico, se si considera che Sez. 1, n. 15860/2014, Di Amato, Rv. 632116 – 01, ha affermato che, affinché una domanda possa ritenersi abbandonata dalla parte, non è sufficiente che essa non venga riproposta nella precisazione delle conclusioni,

costituendo tale omissioni una mera presunzione di abbandono, dovendosi, invece, necessariamente accertare se, dalla valutazione complessiva della condotta processuale della parte, o dalla stretta connessione della domanda non riproposta con quelle esplicitamente reiterate, emerga una volontà inequivoca di insistere sulla domanda pretermessa (dello stesso avviso è Sez. 2, n. 17582/2017, Giuseppe Grasso, Rv. 644854 – 01).

La questione sembrava essere stata definitivamente risolta a seguito dell'intervento di Sez. U, n. 01785/2018, Frasca, Rv. 647010 – 01, la quale ha statuito che, affinché una domanda possa ritenersi abbandonata, non è sufficiente che essa non venga riproposta in sede di precisazione delle conclusioni, dovendosi avere riguardo alla condotta processuale complessiva della parte antecedente a tale momento, senza che assuma invece rilevanza il contenuto delle comparse conclusionali.

Sez. 2, n. 15029/2019, Abete, Rv. 654190 – 01, ha sostenuto che, nel caso in cui il giudice di primo grado non accolga alcune richieste istruttorie, la parte che le ha formulate ha l'onere di reitarle al momento della precisazione delle conclusioni, poiché, diversamente, le stesse devono ritenersi rinunciate e non possono essere riproposte in appello, neppure ai sensi dell'art. 345, comma 3, c.p.c. (testo previgente alle modifiche apportate dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 134 del 2012), in quanto il giudizio d'indispensabilità, operato dal giudice del gravame, riguarda le nuove prove e non quelle dichiarate inammissibili o tacitamente rinunciate.

In particolare, la parte che si sia vista rigettare dal giudice le proprie richieste istruttorie ha l'onere di reitarle, in modo specifico, quando precisa le conclusioni, senza limitarsi al richiamo generico dei precedenti atti difensivi, poiché, diversamente, come confermato da **Sez. 2, n. 05741/2019, Criscuolo, Rv. 652770 – 02**, le stesse devono ritenersi abbandonate e non potranno essere riproposte in sede di impugnazione.

L'interpretazione degli artt. 189, 345 e 346 c.p.c., secondo cui l'istanza istruttoria non accolta nel corso del giudizio, che non venga riproposta in sede di precisazione delle conclusioni, deve reputarsi tacitamente rinunciata, non contrasta, secondo **Sez. 6 - 3, n. 03229/2019, Scarano, Rv. 653001 – 01** (conf. Sez. 6 - 2, n. 10748/2012, Proto CA., Rv. 623121 - 01), con gli artt. 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, né con gli artt. 2 e 6 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (ratificato con l. 2 agosto 2008, n. 130), né con gli artt. 24 e 111 Cost., non determinando alcuna compromissione dei diritti fondamentali di difesa e del diritto ad un giusto processo, poiché dette norme processuali, per come interpretate, senza escludere né rendere disagiata il diritto di "difendersi provando", subordinano, piuttosto, lo stesso ad una domanda della parte che, se

rigettata dal giudice dell'istruttoria, va rivolta al giudice che decide la causa, così garantendosi anche il diritto di difesa della controparte, la quale non deve controdedurre su quanto non espressamente richiamato.

9. Gli interventi, la riunione e la separazione delle cause.

Sez. 1, n. 31939/2019, L. Tricomi, Rv. 655958 - 01, ha ribadito (Sez. 3, n. 25264/2008, Federico, Rv. 605243 - 01) che chi interviene volontariamente in un processo ha sempre la facoltà di formulare domande nei confronti delle altre parti, quand'anche sia spirato il termine di cui all'art. 183 c.p.c. per la fissazione del *thema decidendum*; né tale interpretazione dell'art. 268 c.p.c. viola il principio di ragionevole durata del processo od il diritto di difesa delle parti originarie del giudizio, poiché l'interveniente, dovendo accettare il processo nello stato in cui si trova, non può dedurre, ove sia già intervenuta la relativa preclusione, nuove prove e, di conseguenza non vi è né il rischio di riapertura dell'istruzione, né quello che la causa possa essere decisa sulla base di fonti di prova che le parti originarie non abbiano potuto debitamente contrastare.

Rappresenta ormai un principio consolidato, e ribadito nel corso di quest'anno da **Sez. 1, n. 24590/2019, L. Tricomi, Rv. 655488 - 01**, (v. Sez. 1, n. 17592/2005, Berruti, Rv. 582997 - 01), che la riunione di procedimenti non fa venir meno l'autonomia delle cause riunite nello stesso processo; tuttavia allorquando siano stati separatamente convenuti in due giudizi, aventi lo stesso oggetto, soggetti che siano litisconsorti necessari, l'integrazione del contraddittorio in ciascuna delle cause riunite non è più necessaria ove esse siano state trattate unitariamente, mercè la rinnovazione dell'istruttoria eventualmente compiuta nei due procedimenti prima della riunione.

Sez. 3, n. 08446/2019, Scarano, Rv. 653262 - 01, ha avuto modo di chiarire che l'impugnabilità dei provvedimenti giudiziali concerne soltanto quelli aventi contenuto decisorio e non anche quelli a carattere ordinatorio, per i quali la legge ammette, salvo eccezioni, la revocabilità. A tale ultima categoria appartiene il provvedimento di separazione delle cause riunite, ancorché contenuto in sentenza, il quale non è suscettibile di impugnazione davanti al giudice superiore, stante il suo carattere meramente ordinatorio e la mancanza in esso di ogni pronunzia di natura decisoria, anche implicita, su eventuali questioni pregiudiziali. pertanto l'esercizio, in senso positivo o negativo, del potere discrezionale di cui tale provvedimento è espressione non è censurabile in sede di legittimità.

10. La fase decisoria.

Sez. 6 - 1, n. 20323/2019, Bisogni, Rv. 654966 – 01, ha ribadito che nel giudizio di divorzio, e in caso di adozione di sentenza non definitiva sullo *status*, non trova applicazione l'art. 190 c.p.c., venendo in rilievo la disciplina speciale dell'art. 4 l. n. 898 del 1970 (come modificato dall'art. 8 l. n. 74 del 1987), che consente al giudice istruttore di rimettere la causa al collegio per la relativa decisione, quando la causa debba proseguire per la determinazione dell'assegno, così accelerando la procedura di accertamento dei presupposti per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, non solo quando la domanda non sia contestata, ma anche quando vi sia disaccordo delle parti sul punto, essendo tale disciplina finalizzata a scoraggiare quelle condotte processuali defatigatorie, volte a procrastinare la statuizione sulla modifica dello *status*.

L'art 190, comma 2, c.p.c., prescrivendo che le comparse conclusionali devono contenere le sole conclusioni già precisate dinanzi al giudice istruttore e il compiuto svolgimento delle ragioni di fatto e di diritto su cui si fondano, mira ad assicurare che non sia alterato, nella fase decisionale del procedimento, in pregiudizio dei diritti di difesa della controparte, l'ambito obiettivo della controversia, quale precisato nella fase istruttoria. Tale norma non impedisce, perciò, che l'attore, senza apportare alcuna aggiunta o modifica alle conclusioni precisate in precedenza, e, soprattutto, senza addurre nuovi fatti, esponga, nella comparsa conclusionale, una nuova ragione giustificativa della domanda rivolta al giudice adito, basata su fatti in precedenza accertati o su acquisizioni processuali mai oggetto di contestazione tra le parti. In applicazione di tale principio, **Sez. 1, n. 11547/2019, Terrusi, Rv. 653741 – 01**, ha confermato la decisione di merito, correggendone la motivazione, ritenendo questione nuova quella afferente alla qualificazione di un contratto come definitivo anziché come preliminare, ai fini dell'eccezione di inammissibilità dell'azione revocatoria o di prescrizione di quella ordinaria, in quanto lo scrutinio di tale questione implicava, per definizione, l'espletamento di nuove indagini di fatto (già in passato, nello stesso senso, Sez. 1, n. 19894/2005, Del Core, Rv. 583807 – 01).

Sez. 2, n. 26883/2019, Oliva, Rv. 655666 - 01, ha ribadito (cfr., in precedenza, Sez. 6 - 3, n. 20180/2015, Vivaldi, Rv. 637461 - 01) che è nulla la sentenza emessa dal giudice prima della scadenza dei termini ex art. 190 c.p.c., risultando per ciò solo impedito ai difensori l'esercizio, nella sua completezza, del diritto di difesa, senza che sia necessario verificare la sussistenza, in concreto, del pregiudizio che da tale inosservanza deriva alla parte, giacché, trattandosi di termini perentori fissati dalla legge, la loro violazione è già stata valutata dal legislatore, in via astratta e definitiva, come autonomamente lesiva, in sé, del diritto di difesa.

In applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., la causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello della coerenza logico-sistematica e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c. L'affermazione si trova contenuta in **Sez. 5, n. 00363/2019, Fasano, Rv. 652184 – 01**, la quale ha ripreso le argomentazioni poste alla base di Sez. 5, n. 11458/2018, Zoso, Rv. 648510 – 01, e di Sez. U, n. 09936/2014, Travaglino, Rv. 630490 – 01.

La causa può essere decisa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, anche se logicamente subordinata, senza che sia necessario esaminare previamente le altre, imponendosi, a tutela di esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, un approccio interpretativo che comporti la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo, piuttosto che su quello della coerenza logico-sistematica, e sostituisca il profilo dell'evidenza a quello dell'ordine delle questioni da trattare ai sensi dell'art. 276 c.p.c. Il tutto in una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, costituzionalizzata dall'articolo 111 della Costituzione, con la conseguenza che il ricorso può essere deciso sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione, senza che sia necessario esaminare previamente le altre (così si è espressa Sez. 1, n. 09370/2018, Iofrida).

Avuto riguardo all'ordine con il quale devono essere decise le varie questioni, **Sez. L, n. 20726/2019, Boghetich, Rv. 654794 – 01**, ha sostenuto che, anche a fronte di una domanda di condanna in forma generica, il convenuto che assuma che il proprio debito sia in tutto o in parte prescritto ha l'onere di sollevare la relativa eccezione nei termini di legge, a pena di decadenza, e se non accolta, di reiterarla in appello, ai sensi dell'art. 346 c.p.c.; ciò comporta che il giudice di primo grado ha l'obbligo di decidere su tale eccezione che integra una preliminare di merito, in quanto l'eventuale sussistenza della prescrizione fa venire meno ogni interesse della parte all'accertamento dell'esistenza del diritto azionato. Un analogo principio era stato in passato enunciato da Sez. U, n. 00581/2008, Segreto, Rv. 600910 – 01.

In proposito, va ricordato che l'art. 276 c.p.c. distingue le questioni pregiudiziali di rito dal merito, ma non stabilisce, all'interno di quest'ultimo, un preciso ordine di esame delle questioni.

Da sempre ha rappresentato un problema, sia sul piano della qualificazione giuridica sia su quello del conseguente regime applicabile, la distinzione tra sentenze definitive e non.

In termini generali (cfr. Sez. 3, **n. 16289/2019**, Pellicchia, Rv. 654349 – 02; v. altresì Sez. 2, n. 05443/2002, Triola, Rv. 553752 - 01), è da considerarsi definitiva la sentenza con la quale il giudice si pronunci su una (o più) delle domande o su capi autonomi della domanda, mentre è da considerarsi non definitiva, agli effetti della riserva di impugnazione differita, la sentenza resa su questioni preliminari alla decisione finale e che non contenga quegli elementi formali sulla base dei quali va operata la distinzione, cioè la pronuncia sulle spese o un provvedimento relativo alla separazione dei giudizi.

Orbene, in presenza di cumulo nello stesso processo di domande nei confronti di soggetti diversi, qualora il giudice si pronunci sul merito di una domanda avanzata verso una parte e, adottando un espresso e formale provvedimento di separazione ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 5, c.p.c., dichiarare la necessità di ulteriore istruzione in relazione alla pretesa rivolta verso l'altra, la sentenza assume il carattere di pronuncia definitiva nei confronti del primo soggetto e, come tale, è impugnabile da quest'ultimo solo in via immediata e sottratta alla riserva di impugnazione differita ex artt. 340 e 361 c.p.c. In applicazione di tale principio, **Sez. 3, n. 22854/2019, Scarano, Rv. 655089 - 01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello che, oltre a pronunciarsi sul merito della domanda proposta nei confronti di una parte appellata respingendo l'appello, aveva altresì regolato le spese di lite del grado e, contestualmente, provveduto a separare la causa nei confronti dell'altra appellata, rispetto alla quale aveva emesso decisione non definitiva su alcune questioni preliminari, rinviando la disamina del merito all'esito di ulteriore istruttoria.

Sez. 3, n. 21978/2019, Fiecconi, Rv. 655031 – 01, ha altresì ribadito che la sentenza di secondo grado che, definendo il giudizio di appello avverso una sentenza non definitiva di primo grado, esaurisca la fase del giudizio pronunciando su tutte le questioni in essa proposte è da considerare come definitiva e non suscettibile di riserva di impugnazione differita, a nulla rilevando la prosecuzione del giudizio di primo grado per la determinazione del *quantum debeatur*. Essa, pertanto, deve contenere la statuizione sulla liquidazione delle spese processuali (dello stesso avviso, in passato, Sez. L, n. 11105/1993, Nuovo, Rv. 480538 - 01).

Merita di essere segnalata in questo contesto **Sez. 1, n. 19472/2019, Lamorgese, Rv. 654769 – 01**, secondo cui la sentenza del giudice che statuisca unicamente sulla competenza non contiene alcuna pronuncia di merito, né esplicita né implicita, idonea a passare in giudicato, anche nell'ipotesi che abbia esaminato e deciso questioni preliminari di merito ai fini dell'accertamento della competenza, sicché dà luogo ad un giudicato solo formale e non preclude al giudice dichiarato competente l'esame e l'applicazione, per la decisione di merito, delle norme di diritto

sostanziale, ancorché in contrasto con le premesse della sentenza sulla competenza (conf. Sez. 1, n. 06970/2018, Acierno, Rv. 648139 - 01).

La scelta del procedimento decisorio previsto dal regime processuale applicabile al caso concreto, per **Sez. 2, n. 22094/2019, Oliva, Rv. 655216 - 01**, rientra nell'ambito della discrezionalità del giudice di merito e può essere da questi revocata, senza limiti e senza obbligo di specifica motivazione, sino al momento iniziale del procedimento individuato che, in caso di rinvio per la discussione orale ex art. 281 *sexies* c.p.c., coincide con l'inizio della discussione orale della causa all'udienza appositamente fissata per tale incombente o, quando le parti vi consentano, a seguito dell'invito del giudice a procedere alla discussione immediata.

11. La correzione dei provvedimenti giudiziali.

L'omessa o inesatta indicazione del nome di una delle parti nell'intestazione della sentenza va considerata un mero errore materiale, emendabile con la procedura di cui agli artt. 287 e 288 c.p.c., quando dal contesto della sentenza risulti con sufficiente chiarezza l'esatta identità di tutte le parti e comporta, viceversa, la nullità della sentenza qualora da essa si deduca che non si è regolarmente costituito il contraddittorio, ai sensi dell'art. 101 c.p.c., e quando sussiste una situazione di incertezza, non eliminabile a mezzo della lettura dell'intero provvedimento, in ordine ai soggetti cui la decisione si riferisce. In applicazione del predetto principio, **Sez. 6 - 3, n. 19437/2019, Iannello, Rv. 654451 - 01**, ha rigettato il ricorso con il quale era stata dedotta la nullità di una sentenza d'appello per violazione del contraddittorio, nella quale la parte appellante era stata indicata solo quale esercente la responsabilità genitoriale sui figli minori e non "in proprio", ritenendo che tale specificazione potesse avere rilievo solo ai fini della individuazione del contenuto e delle ragioni della domanda, ma non anche al diverso fine della corretta instaurazione del contraddittorio, ritenuto che si trattava della medesima persona che, sia pure al fine di tutela di interessi non propri, aveva introdotto il giudizio. Partendo dal presupposto che si è in presenza di un mero errore materiale, se dal contesto della decisione e dagli atti processuali e dai provvedimenti da essa richiamati o, comunque, compiuti o intervenuti nel corso del processo sia inequivocamente individuabile la parte pretermessa o inesattamente indicata e sia, pertanto, possibile stabilire che la pronuncia è stata emessa anche nei suoi confronti, **Sez. 6 - 2, n. 16195/2019, Giuseppe Grasso, Rv. 654606 - 01**, ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato il difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti per l'equo indennizzo ex l. n. 89 del 2001 asserendo che gli stessi non avessero partecipato al giudizio presupposto, nonostante il contrario risultasse provato per documenti. Il principio era già stato affermato in passato da Sez. 1, n.

22275/2017, Lamorgese, Rv. 645781 – 01, e, ancor prima, da Sez. 3, n. 09077/2001, Durante, Rv. 547907 - 01.

Il contrasto tra formulazione letterale del dispositivo di una pronuncia e quanto dichiarato in motivazione, non incidendo sull'idoneità del provvedimento, considerato complessivamente nella totalità delle sue componenti testuali, a rendere conoscibile il contenuto della statuizione giudiziale, non integra un vizio attinente alla portata concettuale e sostanziale della decisione, bensì un errore materiale, correggibile ai sensi degli artt. 287 e 391-bis c.p.c., trattandosi di ovviare ad un difetto di corrispondenza tra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, rilevabile *ictu oculi* dal testo del provvedimento, senza che venga in rilievo un'inammissibile attività di specificazione o di interpretazione della sentenza di legittimità. Applicando il suddetto principio, **Sez. 6 - 3, n. 00668/2019, Rossetti, Rv. 652679 - 01**, in accoglimento del ricorso per correzione degli errori materiali, rilevato che in motivazione venivano dichiarati come fondati i primi due motivi di ricorso mentre nel dispositivo si rigettava il primo e si accoglieva il secondo, ha ordinato di completare il dispositivo dell'ordinanza mediante declaratoria di accoglimento sia del primo sia del secondo motivo (v. altresì, sul punto, Sez. 6 - 2, n. 15321/2012, D'Ascola, Rv. 623969 - 01).

Tuttavia, sul punto la S.C. sembra (Sez. 2, n. 05939/2018, Criscuolo, Rv. 647850 – 01) manifestare minori aperture, ritenendo che il contrasto insanabile tra motivazione e dispositivo della sentenza, non consentendo di individuare la statuizione del giudice attraverso una valutazione di prevalenza di una delle contrastanti affermazioni contenute nella decisione, non possa essere eliminato con il rimedio della correzione degli errori materiali, determinando, invece, la nullità della pronuncia ai sensi dell'art. 156, comma 2, c.p.c. Per quanto non manchino in passato pronunce (Sez. 6 - 5, n. 26074/2018, Luciotti, Rv. 651108 – 01) per le quali il contrasto tra motivazione e dispositivo che determina la nullità della sentenza ricorre solo se ed in quanto esso incida sulla idoneità del provvedimento, nel suo complesso, a rendere conoscibile il contenuto della statuizione giudiziale, ricorrendo nelle altre ipotesi un mero errore materiale.

Nel rito del lavoro soltanto il contrasto insanabile tra dispositivo e motivazione determina la nullità della sentenza, da far valere mediante impugnazione, in difetto della quale prevale il dispositivo. Tale insanabilità deve, tuttavia, escludersi quando sussista una parziale coerenza tra dispositivo e motivazione, divergenti solo da un punto di vista quantitativo, e la seconda inoltre sia ancorata ad un elemento obiettivo che inequivocabilmente la sostenga; in tal caso è configurabile, come evidenziato da **Sez. L, n. 21618/2019, Garri, Rv. 654821 – 01** (conf. Sez. 6 - L, n. 10305/2011, Zappia, Rv. 617068 - 01) l'ipotesi legale del mero errore materiale, con la conseguenza che, da un lato, è consentito l'esperimento del relativo procedimento

di correzione e, dall'altro, deve qualificarsi come inammissibile l'eventuale impugnazione diretta a far valere il contrasto tra dispositivo e motivazione.

In materia di regolamentazione delle spese di lite, ricorre, invece, secondo **Sez. 6 - 2, n. 26236/2019, Carrato**, un errore materiale che può essere corretto mediante l'apposita procedura, qualora si rinvenga una discrasia evidente tra il dispositivo della sentenza e la sua motivazione e, se in quest'ultima risultino concretamente e specificamente spiegate la ragioni della decisione, deve essere assicurata prevalenza alla motivazione, avendo il dispositivo la funzione di esprimere in forma riassuntiva la decisione.

Richiamando un principio già in passato enunciato da Sez. 3, n. 00816/2000, Segreto, Rv. 533133 – 01, secondo cui il procedimento per la correzione degli errori materiali di cui all'articolo 287 c.p.c. è esperibile per ovviare ad un difetto di corrispondenza fra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, chiaramente rilevabile dal testo stesso del provvedimento mediante il semplice confronto della parte del documento che ne è inficiata con le considerazioni contenute in motivazione, senza che possa incidere sul contenuto concettuale e sostanziale della decisione, Sez. 6 - 2, **n. 02486/2019, Carrato**, Rv. 652387 – 01, ha ribadito che l'errore di calcolo, emendabile ai sensi dell'art. 287 c.p.c., consiste in un'erronea utilizzazione delle regole matematiche sulla base di presupposti numerici, individuazione ed ordine delle operazioni da compiere esattamente determinati e non contestati. Pertanto, non vi rientra la dedotta erronea individuazione del termine di decorrenza dell'impugnazione che abbia condotto alla dichiarazione di inammissibilità di un gravame, poiché tale ipotesi è riconducibile ad un possibile *error in iudicando*, non emendabile con il procedimento di correzione ex art. 391 bis c.p.c. Per l'effetto, è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto da una parte che aveva richiesto la correzione dell'errore di calcolo asseritamente consistente nell'inesatta individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso in cassazione contro una ordinanza emessa ex art. 348 bis c.p.c.

Negli ultimi anni si è assistito ad una estensione dell'ambito applicativo del procedimento di correzione degli errori materiali.

E così lo stesso è stato reputato da **Sez. 3, n. 04319/2019, Fiecconi**, Rv. **652825 – 01**, esperibile non solo per ovviare ad un difetto di corrispondenza tra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, chiaramente rilevabile dal testo del provvedimento e, come tale, rilevabile *ictu oculi*, ma anche in funzione integrativa, in ragione della necessità di introdurre nel provvedimento una statuizione obbligatoria consequenziale a contenuto predeterminato, ovvero una statuizione obbligatoria di carattere accessorio, anche se a contenuto discrezionale. Può, inoltre, farsi ricorso a tale procedimento quando il giudice, nel redigere la sentenza e in conseguenza di un mero errore di sostituzione del "file" informatico,

abbia commesso uno scambio di provvedimenti nella fase di impaginazione, facendo seguire, ad un'epigrafe pertinente, uno "svolgimento del processo", dei "motivi della decisione" ed un dispositivo afferenti ad una diversa controversia decisa in data coeva nei confronti delle stesse parti: in tal caso, infatti, l'estensione della correzione non integra il deposito di una decisione affatto distinta, la quale verrebbe interamente sostituita a quella corretta.

La pronuncia da ultimo riportata si pone in palese e consapevole contrasto con Sez. 1, n. 02815/2016, Nazzicone, Rv. 638522 – 01.

Con riferimento al governo delle spese, si assiste ad un contrasto di vedute.

Invero, mentre **Sez. 1, n. 18221/2019, Nazzicone, Rv. 654548 – 01**, sostiene che nel procedimento per correzione di errore materiale, ove la parte non ricorrente si costituisca, resistendo all'istanza di correzione e questa venga disposta, deve provvedersi alla liquidazione delle spese di lite poiché, diversamente da quel che avviene nel caso contrario, la parte, all'esito del procedimento, è divenuta, tecnicamente, parte soccombente, **Sez. 6 - 1, n. 28610/2019, Scaldaferrì, Rv. 656089 - 01**, si allinea sulla posizione prevalente (Sez. 3, n. 08103/2008, Fantacchiotti, Rv. 602511 - 01), affermando che nel procedimento in esame non è ammessa alcuna pronuncia sulle spese processuali, in quanto la natura ordinatoria e sostanzialmente amministrativa del provvedimento che accoglie o rigetta l'istanza di correzione non consente di riconoscere la presenza dei presupposti richiesti dall'art. 91 c.p.c., che si riferiscono ad un procedimento contenzioso idoneo a determinare una posizione di soccombenza.

Quanto al regime impugnatorio, l'art. 288 c.p.c., nel disporre che le sentenze possono essere impugnate relativamente alle parti corrette nel termine ordinario decorrente dal giorno in cui è stata notificata l'ordinanza di correzione, appresta uno specifico mezzo di impugnazione, che esclude l'impugnabilità per altra via del provvedimento in base al disposto dell'art. 177, comma 3, n. 3, c.p.c., a tenore del quale non sono modificabili né revocabili le ordinanze per le quali la legge prevede uno speciale mezzo di reclamo. Pertanto, il principio di assoluta inimpugnabilità di tale ordinanza, neppure col ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., vale anche per quella di rigetto, in quanto il provvedimento comunque reso sull'istanza di correzione di una sentenza all'esito del procedimento regolato dall'art. 288 c.p.c. è sempre privo di natura decisoria, costituendo mera determinazione di natura amministrativa non incidente sui diritti sostanziali e processuali delle parti, poiché funzionale all'eventuale eliminazione di errori di redazione del documento cartaceo che non può toccare il contenuto concettuale della decisione. Per questa ragione **Sez. 2, n. 05733/2019, Abete, Rv. 652769 – 01** (conf. Sez. 3, n. 20309/2019, Moscarini, Rv. 654781 - 01), ha ritenuto impugnabile, con lo specifico mezzo di volta in volta previsto, solo la sentenza corretta, proprio al fine di verificare

se, tramite il surrettizio ricorso al procedimento in esame per incidere, inammissibilmente, su errori di giudizio, sia stato violato il giudicato ormai formatosi.

12. La tutela del contumace.

Per quanto concerne gli eventi che precedono la costituzione in giudizio, una società il cui rappresentante legale sia deceduto e non sia stato sostituito non può essere convenuta in giudizio, occorrendo, a questo fine, la nomina di un curatore speciale *ad processum*, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., poiché, in mancanza di tale nomina, l'atto di citazione ad essa diretto ed il conseguente processo svoltosi in sua assenza sono affetti da nullità per impossibilità di valida instaurazione del contraddittorio e lesione del diritto di difesa. Qualora, nel corso del medesimo processo, sopraggiunga la nomina dell'amministratore e la detta società si costituisca, trova applicazione, secondo **Sez. 2, n. 10754/2019, Bertuzzi, Rv. 653565 – 01**, l'art. 294 c.p.c. che consente alla parte contumace di chiedere al giudice, in presenza di determinate condizioni, di essere ammessa a compiere attività che le sarebbero precluse.

Una volta accertata la regolare costituzione del contraddittorio, la mancata formale dichiarazione di contumacia della parte non costituita non è di per sé causa di nullità del procedimento o della sentenza, avendo tale declaratoria il solo scopo di fornire la prova dell'avvenuto accertamento, da parte del giudice, della regolare notificazione dell'atto introduttivo alla parte non comparsa. Il principio, ribadito di recente da **Sez. 3, n. 17928/2019, Olivieri, Rv. 654561 – 01**, era già stato affermato da Sez. 2, n. 20406/2013, L. Matera, Rv. 628073 – 01, a mente della quale neppure è imposto dal codice di rito un termine perentorio per la relativa declaratoria.

Viceversa, la violazione delle norme sulla notificazione della citazione, con conseguente nullità della stessa, e la inosservanza delle disposizioni sulla regolare costituzione del contraddittorio nei confronti di un convenuto, con conseguente erronea dichiarazione della sua contumacia, costituiscono, come affermato da **Sez. 3, n. 27607/2019, Dell'Utri, Rv. 655495 – 01** (in ciò preceduta da Sez. 3, n. 28464/2013, Segreto, Rv. 629133 - 01) eccezioni *de iure tertii*, che non possono essere sollevate da altro convenuto, in quanto deducibili soltanto dalla parte direttamente interessata.

La mancata o non tempestiva rinnovazione della notificazione, disposta a norma dell'art. 291 c.p.c. per un vizio implicante la nullità della stessa, determina, come confermato da **Sez. 6 - 3, n. 14742/2019, Scrima, Rv. 654054 – 01** (v. Sez. 1, n. 00625/2008, Giuliani, Rv. 601297 – 01), nell'ipotesi in cui la notifica da rinnovare abbia ad oggetto un ricorso per cassazione, l'inammissibilità del medesimo, salvo che, prima che questa sia dichiarata, il ricorrente provveda ad altra valida notifica,

restando in ogni caso esclusa la possibilità di assegnazione di un ulteriore termine per il medesimo adempimento, stante la perentorietà di quello già concesso.

13. La sospensione del processo.

Sez. 1, n. 12999/2019, Falabella, Rv. 653913 – 01, nel richiamare Sez. I, n. 05229/2016, Cavallaro, Rv. 639276 – 01 (secondo cui la *ratio* della sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. è quella di evitare il rischio di un conflitto tra giudicati), ha affermato che la sospensione necessaria del giudizio, ex art. 295 c.p.c., ha lo scopo di evitare il conflitto di giudicati, sicché può trovare applicazione solo quando in altro giudizio (pendenti dinanzi allo stesso giudice o a due giudici diversi) debba essere decisa con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale in senso tecnico-giuridico, non anche qualora oggetto dell'altra controversia sia una questione pregiudiziale soltanto in senso logico, soccorrendo in tal caso la previsione dell'art. 336, comma 2, c.p.c. sul cd. effetto espansivo esterno della riforma o della cassazione di una sentenza sugli atti e i provvedimenti (comprese le sentenze) dipendenti dalla sentenza riformata o cassata.

Salvi i casi in cui la sospensione del giudizio sulla causa pregiudicata sia imposta da una disposizione specifica (cfr. Sez. 6 - 2, n. 30738/2018, Giuseppe Grasso, Rv. 651570 – 01), che richieda di attendere la pronuncia con efficacia di giudicato sulla causa pregiudicante, quando fra due giudizi esista un rapporto di pregiudizialità, e quello pregiudicante sia stato definito con sentenza non passata in giudicato, la sospensione del giudizio pregiudicato non è, per **Sez. I, n. 00080/2019, Ponterio, Rv. 652448 – 01**, doverosa, ma può essere disposta, ai sensi dell'art. 337 c.p.c., come si desume dall'interpretazione sistematica della disciplina del processo, in cui un ruolo decisivo riveste l'art. 282 c.p.c.

La sospensione necessaria del processo per pregiudizialità, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., rispondendo, come detto, all'esigenza, di ordine pubblico, di evitare il conflitto di giudicati, deve essere disposta dal giudice di merito, non appena ne ravvisi i presupposti, anche d'ufficio, indipendentemente, cioè, da un'istanza di parte che, qualora formulata, equivale ad una semplice sollecitazione all'esercizio del potere officioso. Il principio, già enunciato da Sez. 3, n. 06572/2005, Segreto, Rv. 580622 – 01, è stato ribadito da **Sez. 6 - 3, n. 23989/2019, Scrima, Rv. 655125 – 01**.

Sez. 6 - 3, n. 26716/2019, Scoditti, Rv. 655509 – 01, ha confermato (conf. Sez. 3, n. 22878/2015, Armano, Rv. 638037 - 01) che la sospensione del processo presuppone, inoltre, che il rapporto di pregiudizialità tra due cause sia concreto ed attuale, nel senso che la causa ritenuta pregiudiziale deve essere tuttora pendente, non giustificandosi diversamente la sospensione, che si tradurrebbe in un inutile

intralcio all'esercizio della giurisdizione, sicché, quando una sentenza sia impugnata in cassazione per non essere stato il giudizio di merito sospeso in presenza di altra causa pregiudiziale, è onere del ricorrente provare che la causa pregiudicante sia pendente e resti presumibilmente tale sino all'accoglimento del ricorso, mancando, in difetto, la prova dell'interesse concreto e attuale all'impugnazione, perché nessun giudice, di legittimità o di rinvio, può disporre la sospensione del giudizio in attesa della definizione di altra causa non più effettivamente in corso.

La sospensione necessaria del processo civile ai sensi degli artt. 295 c.p.c., 654 c.p.p. e 211 disp. att. c.p.p., in attesa del giudicato penale, può essere disposta solo se una norma di diritto sostanziale ricollegghi alla commissione del reato un effetto sul diritto oggetto del giudizio civile ed a condizione che la sentenza penale possa avere, nel caso concreto, valore di giudicato nel processo civile. Perché si verifichi tale condizione di dipendenza tecnica della decisione civile dalla definizione del giudizio penale, non basta che nei due processi rilevino gli stessi fatti, ma occorre che l'effetto giuridico dedotto in ambito civile sia collegato normativamente alla commissione del reato che è oggetto dell'imputazione penale (cfr. Sez. 6 - 3, n. 07617/2017, Frasca, Rv. 643820). In applicazione del predetto principio, **Sez. 6 - 3, n. 18918/2019, Rubino, Rv. 654448 – 02**, ha escluso la configurabilità di una relazione di pregiudizialità tecnica fra il giudizio civile di risarcimento danni proposto da una banca nei confronti del presidente del c.d.a. per l'attività finanziaria da questo illegittimamente svolta nei confronti del pubblico ed il giudizio di accertamento in sede penale della responsabilità di tale soggetto dovuta ad illecita attività finanziaria, svolta parallelamente a quella istituzionale e produttiva di un danno all'immagine della banca, ritenendo che tale accertamento non costituisse presupposto necessario per l'esperimento da parte della banca dell'azione generale di risarcimento del danno. Analogo principio era stato enunciato da Sez. 6 - 2, n. 18202/2018, Falaschi, Rv. 649656 – 01.

Sempre in tema di rapporto tra giudizio penale e giudizio civile, **Sez. U, n. 13661/2019, Perrino, Rv. 653898 – 01**, ha statuito che i casi di sospensione necessaria previsti dall'art. 75, comma 3, c.p.p., che rispondono a finalità diverse da quelle di preservare l'uniformità dei giudicati e richiedono che la sentenza che definisca il processo penale influente sia destinata a produrre in quello civile il vincolo rispettivamente previsto dagli artt. 651, 651 bis, 652 e 654 c.p.p., vanno interpretati restrittivamente, di modo che la sospensione non si applica qualora il danneggiato proponga azione di danno nei confronti del danneggiante e dell'impresa assicuratrice della responsabilità civile dopo la pronuncia di primo grado nel processo penale nel quale il danneggiante sia imputato.

Il credito litigioso, che trovi fonte in un atto illecito o in un rapporto contrattuale contestato in separato giudizio, è idoneo a determinare l'insorgere della

qualità di creditore abilitato all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria avverso l'atto dispositivo compiuto dal debitore, sicché il relativo giudizio, come confermato da **Sez. 6 - 3, n. 03369/2019, Scoditti, Rv. 653004 – 01** (v. Sez. 3, n. 02673/2016, Frasca, Rv. 638928 - 01), non è soggetto a sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. in rapporto alla pendenza della controversia sul credito da accertare e per la cui conservazione è stata proposta domanda revocatoria, poiché tale accertamento non costituisce l'indispensabile antecedente logico-giuridico della pronuncia sulla domanda revocatoria, né può ipotizzarsi un conflitto di giudicati tra la sentenza che, a tutela dell'allegato credito litigioso, dichiara inefficace l'atto di disposizione e la sentenza negativa sull'esistenza del credito.

14. L'interruzione del processo.

Sez. 6 - 3, n. 23906/2019, Scrima, Rv. 655124 – 01, ha ribadito che la morte della parte contumace, ai sensi dell'art. 300, quarto comma, c.p.c., nella formulazione - applicabile, nella specie, *ratione temporis* - antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 46, comma 13, della l. n. 69 del 2009 (con le quali è stata espressamente attribuita rilevanza, ai fini interruttivi, anche all'attività di documentazione proveniente dalle altre parti del giudizio), comporta l'interruzione del processo solo se notificata o certificata dall'ufficiale giudiziario nella relazione di notificazione di uno dei provvedimenti di cui all'art. 292 c.p.c., senza che tali forme tassative ammettano equipollenti, sicché non può (*recte*, poteva) attribuirsi efficacia interruttiva alla produzione del certificato di morte del contumace effettuata dal procuratore della controparte costituita (v. altresì Sez. 2, n. 08755/2012, L. Matera, Rv. 622637 – 01, che ha reputato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della detta norma in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede l'interruzione del processo come effetto della conoscenza dell'evento comunque acquisita, alla luce delle profonde differenze esistenti tra la fattispecie in esame e quella della scomparsa del convenuto nel corso del processo).

Premesso che la dichiarazione dell'evento interruttivo che ha colpito la parte costituita, di cui all'art. 300, comma 1, c.p.c., costituisce esercizio di un potere discrezionale del procuratore, al quale soltanto compete di valutarne l'opportunità nell'esclusivo interesse della parte rappresentata, così che la scelta di dichiarare o meno tale evento, così che la scelta di dichiarare o meno tale evento, ovvero del momento in cui dichiararlo, non può integrare di per sé abuso del processo, né può incidere sulla durata del giudizio in danno della controparte, essendo a tal fine indifferente che l'interruzione si verifichi in un momento del processo piuttosto che in un altro (cfr. Sez. 3, n. 20809/2018, Iannello, Rv. 650416 – 01), Sez. 3, n. 20840/2018, Gianniti, Rv. 650423 – 01, ha affermato che, in caso di morte o perdita

di capacità della parte costituita a mezzo di procuratore, l'omessa dichiarazione o notificazione del relativo evento ad opera di quest'ultimo comporta che il difensore continui a rappresentare la parte come se l'evento stesso non si fosse verificato, risultando così stabilizzata la posizione giuridica della parte rappresentata (rispetto alle altre parti ed al giudice) nella fase attiva del rapporto processuale, nonché in quelle successive di sua quiescenza od eventuale riattivazione dovuta alla proposizione dell'impugnazione.

Tuttavia, la mancata dichiarazione dell'evento ad opera del suo procuratore, ai fini interruttivi ai sensi dell'art. 300 c.p.c., non impedisce, secondo **Sez. 2, n. 22950/2019, Fortunato, Rv. 655228 - 01** (ma il principio, a ben vedere, è stato già enunciato in passato da Sez. 2, n. 03018/2005, Mazzacane, Rv. 581098 – 01, secondo cui in questo caso il termine 'riassunzione' deve intendersi impropriamente usato come atto d'impulso processuale non conseguente ad una precedente fase di interruzione, ma volto anzi ad evitarla), alla controparte che sia comunque a conoscenza di tale evento di prendere l'iniziativa della chiamata in giudizio dei successori di detta parte mediante un atto di impulso processuale che, pur non qualificabile come riassunzione in senso tecnico, è idoneo a determinare la prosecuzione del giudizio.

La dichiarazione o la notificazione della morte o della perdita della capacità della parte costituita, effettuata dal difensore ai sensi dell'art. 300, comma 1, c.p.c., determina la cessazione dell'ultrattività del mandato alla lite estintosi a causa dell'evento interruttivo e, quindi, la perdita dello *ius postulandi*. Da ciò deriva, secondo **Sez. 6 - 3, n. 16144/2019, Scrima, Rv. 654315 – 01**, che è priva di rilevanza l'eccezione di estinzione del processo per mancata riassunzione nel termine ex art. 305 c.p.c. formulata (ai sensi dell'art. 307, comma 4, c.p.c. nella versione anteriore alla riforma introdotta dalla legge n. 69 del 2009) dal procuratore dopo che abbia notificato alla controparte la morte del proprio assistito, ma la stessa eccezione può essere validamente proposta dal difensore nominato dall'erede della parte deceduta all'atto della costituzione nel medesimo giudizio, dichiarato interrotto e riassunto, in cui si è verificato il fatto che ha dato luogo all'estinzione.

15. La riassunzione del processo interrotto.

Merita di essere segnalata **Sez. 2, n. 21514/2019, Scarpa, Rv. 654633 – 02**, secondo cui, in tema di litisconsorzio facoltativo, quale quello che si determina nel giudizio promosso nei confronti di più coobbligati solidali, verificatasi una causa di interruzione nei confronti di uno di essi e riassunto tempestivamente il giudizio, interrotto nei confronti di tutti, il vizio della notificazione dell'atto di riassunzione nei confronti di uno o alcuni tra i litisconsorti facoltativi ed il mancato rispetto del

termine per la rinnovazione della notificazione non impediscono l'ulteriore prosecuzione del processo nei confronti dei restanti litisconsorti ritualmente citati, non potendosi estendere a costoro l'eventuale estinzione del processo ex art. 307 c.p.c. relativa ad uno dei convenuti originari.

La pronuncia si pone in linea con l'orientamento ormai consolidato (Sez. U, n. 9686/2013, Rv. 626431 – 01; Sez. 3, n. 09829/2018, De Stefano) secondo cui, quando vengano trattate cumulativamente più domande di risarcimento proposte contro il medesimo convenuto e per ragioni di diritto in parte comuni da più danneggiati o si verta comunque in ipotesi di cumulo soggettivo facoltativo o, in grado di impugnazione, di cause scindibili, la reciproca indipendenza dei rapporti processuali comporta che l'efficacia dell'evento interruttivo che colpisca la parte di uno o solo alcuni tra questi sia limitata a questi ultimi, sicché l'eventuale ordinanza che dichiari interrotto il processo produce gli effetti di cui agli articoli 300 ss. del codice di procedura civile solo con riferimento alla domanda in cui si è verificato l'evento interruttivo, mentre le altre non separate restano in una fase di stallo o di rinvio, destinate necessariamente a cessare per effetto della riassunzione della causa interrotta o dell'estinzione di essa; pertanto, è illegittima la declaratoria di estinzione di un processo articolato su di una pluralità di cause scindibili per la mancata riassunzione a seguito dell'evento interruttivo che abbia colpito una sola delle parti di una o di alcune tra le domande cumulativamente istruite.

Qualora, a seguito di morte di una parte, il processo venga proseguito da altro soggetto nella dedotta qualità di unico erede del defunto, spetta alla controparte, che eccepisca la non integrità del contraddittorio per l'esistenza di altri coeredi, fornire la relativa prova. In quest'ottica, **Sez. 2, n. 19400/2019, Criscuolo, Rv. 654557 – 01**, richiamando la risalente pronuncia Sez. I, n. 02149/1978, Monteleone, Rv. 391537 – 01, ha rigettato l'eccezione di difetto di contraddittorio sollevata dai ricorrenti solo in sede di legittimità, non emergendo dagli atti già acquisiti nel giudizio di merito gli elementi posti a fondamento dell'eccezione.

In proposito, **Sez. 3, n. 17445/2019, Gianniti, Rv. 654407 – 01**, ha precisato che, in caso di morte di una delle parti, ai fini della prosecuzione del processo nei confronti dei successori, la verifica della qualità di eredi dei chiamati all'eredità non è necessaria nell'ipotesi in cui l'atto di riassunzione sia ad essi notificato collettivamente e impersonalmente entro l'anno dal decesso, ai sensi dell'art. 303, comma 2, c.p.c., in quanto tale disposizione affranca il notificante dall'onere di ricercare le prove dell'accettazione dell'eredità, la quale può intervenire nel termine di dieci anni dall'apertura della successione, sicché durante detto periodo la parte non colpita dall'evento interruttivo deve essere tutelata attraverso il riconoscimento della *legittimatio ad causam* del semplice chiamato. Per converso, il chiamato all'eredità, pur non assumendo la qualità di erede per il solo fatto di avere accettato la notifica

dell'atto di riassunzione, ha l'onere di contestare, costituendosi in giudizio, l'effettiva assunzione di tale qualità così da escludere il presupposto di fatto che ha giustificato la riassunzione.

In caso di interruzione del processo determinata, *ipso iure*, dall'apertura del fallimento ai sensi dell'art. 43, comma 3, l.fall., il termine per la riassunzione del giudizio a carico della parte non colpita dall'evento interruttivo, la quale abbia preso parte al procedimento fallimentare presentando domanda di ammissione allo stato passivo, non decorre dalla legale conoscenza che abbia avuto della pendenza del procedimento concorsuale, ma dal momento in cui essa abbia avuto conoscenza effettiva del procedimento concorsuale, decorrente, in assenza di ulteriori elementi, dal momento in cui sia stata depositata o inviata la domanda di ammissione allo stato passivo. Il principio, affermato da **Sez. 5, n. 15996/2019, D'Aquino, Rv. 654159 – 01**, è stato esteso da **Sez. 1, n. 02658/2019, M. Di Marzio, Rv. 652546 – 01**, nel momento in cui ha precisato che, in caso di interruzione automatica del processo determinata dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti, il termine per la riassunzione di cui all'art. 305 c.p.c. decorre dalla dichiarazione o notificazione dell'evento interruttivo secondo la previsione dell'art. 300 c.p.c., ovvero, se anteriore, dalla conoscenza legale di detto evento procurata dal curatore del fallimento alle parti interessate.

Sez. 6 - 1, n. 08640/2018, Lamorgese, Rv. 648573 – 01, ha reputato necessario che tale conoscenza abbia specificamente ad oggetto tanto l'evento in sé considerato quanto lo specifico processo nel quale esso deve esplicare i suoi effetti. E così Sez. 3, n. 06398/2018, Spaziani, Rv. 648424 – 01, ha ritenuto irrilevante, ai fini della legale conoscenza dell'evento interruttivo, la circostanza che lo stesso fosse stato formalmente appreso dalla parte interessata alla prosecuzione, a mezzo del proprio procuratore, in un giudizio in cui era rappresentata da un difensore diverso da quello che la assisteva nel processo in cui l'evento medesimo era destinato a produrre effetti.

In caso di interruzione del processo per morte del procuratore di una delle parti, il termine per la relativa riassunzione decorre dalla data in cui la parte rimasta senza difensore ha avuto dell'evento conoscenza legale, acquisita tramite atti muniti di fede privilegiata quali dichiarazioni, notificazioni o certificazioni rappresentative dell'evento medesimo, alle quali non è equiparabile la conoscenza di fatto altrimenti acquisita, e dovendo tale conoscenza avere ad oggetto tanto l'evento in sé considerato, quanto lo specifico processo nel quale esso deve esplicare i suoi effetti. Facendo applicazione del riportato principio, **Sez. 2, n. 10594/2019, Criscuolo, Rv. 653499 – 01**, ha confermato la decisione gravata che aveva escluso che una missiva, ancorché inviata a mezzo raccomandata a/r, ma avente ben diverse finalità, potesse assicurare la conoscenza legale dell'evento interruttivo, poiché non

conteneva la specifica indicazione dell'evento stesso, il quale risultava solo implicitamente, ed era priva di fede privilegiata (cfr. altresì Sez. I, n. 02340/1996, Berni Canani, Rv. 496450 – 01, la quale ha escluso che, in caso di morte del procuratore appartenente all'ufficio legale dell'ente pubblico rappresentato in giudizio, possa attribuirsi rilievo alla conoscenza dell'evento acquisita dall'ente attraverso l'organizzazione dei propri uffici).

Come **Sez. 1, n. 25846/2019, Federico, Rv. 655350 – 01**, ha avuto modo di chiarire, è ritualmente proseguito il processo, a seguito della notifica del ricorso in riassunzione presso la parte personalmente, in conseguenza del constatato decesso del difensore della stessa, posto che la morte del procuratore a mezzo del quale la parte è costituita determina automaticamente l'interruzione del processo, anche se il giudice e le altre parti non ne hanno avuto conoscenza ed a prescindere dalla dichiarazione di interruzione.

Nell'ipotesi di interruzione del processo a seguito di un provvedimento di sospensione del procuratore dall'esercizio della professione, una volta cessati gli effetti della sospensione, ai fini della prosecuzione del processo, non è necessaria una nuova procura alla lite, né una nuova costituzione della parte, essendo sufficiente, come confermato da **Sez. 2, n. 21186/2019, Oliva, Rv. 655198 - 01**, che il procuratore, già costituito prima della sospensione, riprenda a svolgere le proprie funzioni in base alla precedente procura ed alla già esperita costituzione; il procuratore ha l'onere di riattivarsi tempestivamente, una volta cessati gli effetti dell'evento, per assicurare la prosecuzione del processo nelle forme previste dagli artt. 301 e 305 c.p.c. s (v. altresì Sez. 1, n. 24997/2010, Giancola, Rv. 615810 – 01, secondo cui, pertanto, da tale data, senza che abbia rilievo, per il procuratore, la conoscenza legale della ordinanza d'interruzione del processo, che ha natura meramente dichiarativa e, per la parte, la conoscenza legale dell'accadimento interruttivo, il procuratore stesso, che non sia stato revocato o abbia rinunciato alla procura, ha l'onere di provvedere alla prosecuzione del giudizio nel termine decadenziale, ai sensi degli artt. 301 e 305 c.p.c.).

Dello stesso avviso è **Sez. 6 - 2, n. 29144/2019, Falaschi, Rv. 656241 - 01**, a mente della quale in siffatta evenienza il termine per la riassunzione del processo decorre, per quanto concerne la parte colpita dall'evento, dalla cessazione del periodo di sospensione, non ricorrendo la medesima esigenza di protezione della parte rappresentata propria delle ipotesi di definitiva cessazione dello *ius postulandi*, nel qual caso il detto termine deve decorrere, invece, come visto, dalla conoscenza legale del venir meno dell'accadimento interruttivo.

Sez. 2, n. 21480/2019, Scalisi, Rv. 654897 – 01, ha ribadito (Sez. 1, n. 14100/2003, Tirelli, Rv. 567081 - 01) che i soggetti già costituiti nella fase precedente all'interruzione, i quali, a seguito della riassunzione ad opera di altra

parte, si presentino all'udienza a mezzo del loro procuratore, non possono essere considerati contumaci, ancorché non abbiano depositato nuova comparsa di costituzione, atteso che la riassunzione del processo interrotto non dà vita ad un nuovo processo, diverso ed autonomo dal precedente, ma mira unicamente a far riemergere quest'ultimo dallo stato di quiescenza in cui versa.

Inoltre, per **Sez. 3, n. 10445/2019, Rossetti, Rv. 653583 – 01**, ove all'interruzione del processo segua una riassunzione c.d. non modificativa - nella quale, cioè, resti invariato il soggetto del rapporto processuale –, gli effetti delle domande o delle eccezioni proposte dalla parte non colpita dall'evento interruttivo permangono inalterati, anche nel caso in cui quest'ultima non si costituisca nuovamente in giudizio a seguito della riassunzione.

La riassunzione del processo si perfeziona nel momento del tempestivo deposito del ricorso in cancelleria con la richiesta di fissazione dell'udienza, senza che rilevi l'eventuale inesatta identificazione della controparte nell'atto di riassunzione, dal momento che tale atto è valido, per raggiungimento dello scopo, ai sensi dell'art. 156 c.p.c., quando contenga gli elementi idonei ad individuare il giudizio che si intende proseguire. Ne consegue che non incide sulla tempestività della riassunzione, ai sensi dell'art. 305 c.p.c., la successiva notifica del ricorso e dell'unito decreto, atta invece alla realizzazione del contraddittorio, nel rispetto delle regole proprie della *vocatio in ius*, sicché, ove essa sia stata omessa nei confronti del soggetto che doveva costituirsi, il giudice è tenuto ad ordinarne la rinnovazione, con fissazione di nuovo termine (in applicazione analogica dell'art. 291 c.p.c.), entro un termine necessariamente perentorio la cui inosservanza determinerà, se del caso, l'estinzione del giudizio ai sensi del citato articolo in combinato disposto con l'art. 307, comma 3 c.p.c. Il principio, già enunciato in passato da Sez. 3, n. 02174/2016, Vincenti, Rv. 638947 – 01, è stato ribadito da **Sez. 1, n. 06921/2019, L. Tricomi, Rv. 653223 – 01**. Pertanto, sì come confermato da Sez. 3, n. 09819/2018, Graziosi, Rv. 648428 – 01, il vizio da cui sia colpita la notifica dell'atto di riassunzione e del decreto di fissazione dell'udienza non si comunica alla riassunzione (oramai perfezionatasi).

16. L'estinzione del processo.

La rinuncia all'azione non richiede formule sacramentali, può essere anche tacita e va riconosciuta quando vi sia incompatibilità assoluta tra il comportamento dell'attore e la volontà di proseguire nella domanda proposta. Essa presuppone il riconoscimento dell'infondatezza dell'azione, accompagnato dalla dichiarazione di non voler insistere nella medesima. Solo a queste condizioni la rinuncia all'azione determina, indipendentemente dall'accettazione della controparte, l'estinzione

dell'azione e la cessazione della materia del contendere. Deve, viceversa, essere dichiarata, anche d'ufficio, cessata la materia del contendere in ogni caso in cui risulti acquisito agli atti del giudizio che non sussiste più contestazione tra le parti sul diritto sostanziale dedotto e che conseguentemente non vi è più la necessità di affermare la volontà della legge nel caso concreto. Così argomentando, **Sez. 2, n. 19845/2019, Oliva, Rv. 654975 – 01**, ha ritenuto che la richiesta di declaratoria della cessazione della materia del contendere, sul presupposto di un *factum principis* sopravvenuto, non potesse comunque essere ritenuta equivalente alla rinuncia all'azione, in difetto di un'esplicita dichiarazione di ambo le parti attestante la loro intenzione di soprassedere all'accertamento giudiziale del diritto controverso.

Peraltro, la rinuncia all'azione, ovvero all'intera pretesa azionata dall'attore nei confronti del convenuto, costituisce un atto di disposizione del diritto in contesa e richiede, in capo al difensore, un mandato *ad hoc*. **Sez. 2, n. 04837/2019, Giuseppe Grasso, Rv. 652581 – 01**, ha ritenuto che non sia a tal fine sufficiente quello *ad litem*, in ciò differenziandosi dalla rinuncia ad una parte dell'originaria domanda, che rientra fra i poteri del difensore quale espressione della facoltà di modificare le domande e le conclusioni precedentemente formulate (conf. Sez. 2, n. 28146/2013, L. Matera, Rv. 629194 - 01).

In tema di estinzione del processo, secondo la disciplina anteriore al d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., nella legge n. 133 del 2008, il provvedimento di cancellazione della causa dal ruolo, anche se illegittimo o invalido per mancata comunicazione del rinvio dell'udienza ai sensi dell'art. 181 c.p.c., costituisce il *dies a quo* dal quale decorre il termine perentorio per la riassunzione della causa ex art. 307, comma 1, c.p.c., essendo onere della parte, interessata a dare nuovo impulso al processo quiescente, vigilare e attivarsi per acquisire presso la cancelleria notizia delle vicende processuali che la riguardano, sicché, in caso di riassunzione tardiva, il giudice deve dichiarare l'estinzione del processo, non potendo sindacare la legittimità del provvedimento di cancellazione. In applicazione di tale principio, **Sez. 1, n. 23720/2019, Parise, Rv. 655342 – 01**, ha ritenuto irrilevante la questione della comunicazione alla cancelleria del cambio di domicilio del difensore costituito avvenuto prima della cancellazione della causa.

Già in passato Sez. 1, n. 10796/2003, Ragonesi, Rv. 564920 – 01, aveva affermato che il termine perentorio di un anno per la riassunzione della causa, ai sensi dell'art. 307, comma 2, c.p.c., a seguito della cancellazione della causa dal ruolo, decorre in ogni caso dalla data dell'ordinanza di cancellazione, anche se essa sia nulla per mancata comunicazione del rinvio dell'udienza ai sensi dell'art. 181 c.p.c. Invero - posto che occorre tenere distinto il fenomeno della nullità degli atti processuali da quello dell'impulso processuale - nel caso della riassunzione il potere di iniziativa della parte viene esercitato non già per introdurre un giudizio di secondo grado, o

comunque di riesame di una decisione già emessa, bensì per dare nuovo impulso al processo quiescente, e per tale ragione non è previsto che l'ordinanza di cancellazione sia comunicata alle parti.

Quanto al regime giuridico, in tema di estinzione del processo, quando il giudice istruttore nel corso del giudizio a cognizione piena opera come giudice monocratico, il provvedimento con cui dichiara che il processo si è estinto non è soggetto a reclamo e, siccome determina la chiusura del processo in base alla decisione di una questione pregiudiziale attinente al processo, ha natura di sentenza, anche se emesso in forma di ordinanza, impugnabile con gli ordinari mezzi di impugnazione. Ne consegue che la parte è ammessa a formulare al giudice di appello istanza di rimessione al primo giudice, ai sensi dell'art. 354, comma, c.p.c. ravvivandosi l'ipotesi di cui all'art. 308, comma 2, c.p.c. Diversamente ha ritenuto **Sez. 6 - 1, n. 23997/2019, M. Di Marzio, Rv. 655420 - 01**, in un caso in cui l'estinzione era stata deliberata dal tribunale in composizione monocratica solo dopo che la causa, precisate le conclusioni, era stata trattenuta in decisione, ai sensi dell'art. 189 c.p.c.: in tal caso, il giudice di appello ove non la ritenga sussistente, non può rimettere la causa al giudice di primo grado - non ricorrendo l'ipotesi contemplata dall'art. 308, comma 2, c.p.c., richiamato dall'art. 354, comma 2, c.p.c., ma deve trattenere la causa e deciderla nel merito (conf. Sez. 1, n. 22917/2010, Cultrera, Rv. 615629 - 01).

Sez. 6 - 1, n. 09930/2019, Dolmetta, Rv. 653703 - 01, ha ribadito (Sez. 3, n. 14574/2007, Durante, Rv. 598152 - 01) che in nessun caso tale provvedimento è soggetto a ricorso per cassazione, il quale, se proposto, deve essere dichiarato inammissibile.

Nel caso di processo con pluralità di parti, l'eccezione di estinzione del giudizio poteva essere sollevata, ai sensi dell'art. 307, ultimo comma, c.p.c. (nel testo vigente anteriormente alle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009), soltanto dalla parte interessata e prima di ogni altra sua difesa. Il principio, già affermato da Sez. 2, n. 06361/2007, Settimj, Rv. 596821 - 01, è stato ribadito da **Sez. 2, n. 21480/2019, Scalisi, Rv. 654897 - 02**, la quale ha altresì sostenuto che la detta eccezione, nel caso di unico processo con pluralità di parti tardivamente riassunto, non può essere fatta valere da una parte diversa rispetto a quella nei cui confronti l'ipotesi di estinzione si è verificata. Viceversa, in base all'attuale formulazione della norma, la conseguenza processuale della tardiva riassunzione di una causa è l'estinzione dello stesso, che opera di diritto ed è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza successiva alla riassunzione - o comunque anche successivamente in fase di impugnazione - ed impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda (cfr. Sez. 2, n. 11144/2018, Cosentino, Rv. 648243 - 01).

Sez. 3, n. 11204/2019, Olivieri, Rv. 653709 - 02, ha chiarito che il termine assegnato dal giudice, con il provvedimento che dichiara la propria incompetenza,

per la riassunzione ai sensi dell'art. 50, comma 1, c.p.c. non può essere inferiore o superiore a quello minimo e massimo stabiliti dall'art. 307, comma 3, c.p.c.; ne consegue che - analogamente all'ipotesi in cui il giudice si sia astenuto dall'esercitare il potere discrezionale - trova applicazione sussidiaria esclusivamente il termine perentorio massimo previsto dalla norma di legge che è quello di tre mesi dalla comunicazione del provvedimento che dichiara l'incompetenza del giudice adito.

CAPITOLO XII

LE IMPUGNAZIONI IN GENERALE

(DI GIOVANNI FANTICINI)

SOMMARIO: 1. Profili generali. – 2. La soccombenza. – 2.1 (Segue) La soccombenza e il raddoppio del contributo unificato. – 3. I termini di impugnazione: a) il termine cd. breve. – 3.1. (Segue) Termine breve e sopravvenienze. – 3.2. (Segue) b) il termine cd. lungo. – 3.3. (Segue). Profili comuni ai due termini di impugnazione. – 4. Le impugnazioni incidentali. – 5. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione. – 6. Il contumace involontario. – 7. Effetti dell'accoglimento dell'impugnazione.

1. Profili generali.

L'art. 323 c.p.c. elenca i mezzi per impugnare le sentenze (e, più in generale, le decisioni giurisdizionali) individuandoli nel regolamento di competenza, nell'appello, nel ricorso per cassazione, nella revocazione e nell'opposizione di terzo.

In base al combinato disposto degli artt. 324, 325, 326 e 327 c.p.c. i mezzi di impugnazione si distinguono in (a) ordinari – proponibili fino al passaggio in giudicato della decisione che intendono censurare e volti a evitare il formarsi della cosa giudicata (regolamento di competenza, appello, ricorso per cassazione, revocazione “ordinaria” per i motivi indicati nei nn. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c. e opposizione di terzo ordinaria) – e (b) straordinari, insensibili al passaggio in giudicato (revocazione “straordinaria” per i motivi indicati nei nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. e opposizione di terzo revocatoria).

Indipendentemente dalla disciplina specifica dettata per ciascuno dei predetti mezzi di impugnazione, il codice di rito definisce alcune regole comuni (artt. 323-338 c.p.c.), applicabili a tutti i mezzi di impugnazione, nonché, in quanto compatibili, anche al contenzioso tributario, come previsto dall'art. 49 del D.Lgs. n. 546 del 1992 (*“alle impugnazioni delle sentenze delle commissioni tributarie si applicano le disposizioni del titolo III, capo I, del libro II del codice di procedura civile, e fatto salvo quanto disposto nel presente decreto”*).

Rinviando agli specifici capitoli per ciò che concerne i singoli mezzi di impugnazione, ci si soffermerà, nella presente trattazione, sulle regole *“delle impugnazioni in generale”*.

2. La soccombenza.

L'esercizio della facoltà di impugnazione presuppone l'esistenza un “interesse ad impugnare” (*species* dell'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c.) che consiste in un

interesse, concreto e attuale, alla proposizione del mezzo di gravame: in altri termini, è condizione dell'impugnazione una "soccombenza" sostanziale, la quale si concretizza nel pregiudizio derivante alla parte dalla decisione, da apprezzarsi in relazione all'utilità giuridica che, al contrario, il proponente il gravame potrebbe trarre dall'eventuale suo accoglimento.

Pertanto, quando la decisione impugnata abbia statuito nel merito, deve reputarsi inammissibile l'impugnazione fondata soltanto su pretesi vizi di rito che non comportino la rimessione al primo giudice *ex* artt. 353 e 354 c.p.c., posto che l'eventuale accoglimento delle doglianze non sarebbe idoneo a scalfire il *decisum* con una statuizione sostanziale favorevole (in applicazione del principio, **Sez. 6-1, n. 00402/2019, Valitutti, Rv. 652572-01**, ha cassato senza rinvio la sentenza di secondo grado che aveva omissa di sanzionare con l'inammissibilità un appello fondato sul solo vizio di nullità della citazione).

L'interesse all'impugnazione non coincide necessariamente con l'integrale soccombenza rispetto alla domanda avversaria, ma può dipendere anche dalla decisione riguardante un altro litisconsorte; infatti, quando la domanda risarcitoria è stata proposta dal danneggiato con l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore e anche dei responsabili civili, questi ultimi hanno un concreto interesse processuale ad ottenere la condanna in via solidale della compagnia assicuratrice – per non essere i soli tenuti a rispondere dei danni derivanti dalla circolazione del veicolo assicurato – e, perciò, sono ammessi ad impugnare la sentenza di primo grado nella parte in cui è stata esclusa la sussistenza di un obbligo dell'assicuratore a risarcire il pregiudizio subito dal terzo trasportato (**Sez. 3, n. 23621/2019, Fiecconi, Rv. 655490-01**).

Analogamente, il condebitore solidale ha interesse a proporre e a coltivare l'impugnazione della pronuncia di condanna al risarcimento del danno anche se il condebitore venga nel frattempo dichiarato fallito, dovendosi ravvisare un'utilità nella richiesta di accertamento della esclusiva responsabilità del fallito ovvero in una diversa ripartizione delle responsabilità (**Sez. 3, n. 14768/2019, Cricenti, Rv. 654096-02**).

Il potere di impugnare la sentenza sfavorevole spetta al soccombente anche quando – dopo la sua emissione e prima della scadenza del termine per la impugnazione – si sia verificata una successione a titolo particolare nel diritto controverso, poiché la parte originaria, nei cui confronti la decisione è stata emessa, non perde alcun potere processuale, ferma restando la concorrente legittimazione del successore a titolo particolare all'esercizio della facoltà di impugnazione (**Sez. 1, n. 30189/2019, De Marzo, Rv. 656268 - 01**).

Difformi orientamenti riguardano la "successione" conseguente alla fusione per incorporazione di società: mentre **Sez. 5, n. 14177/2019, Nonno, Rv. 654121-01**,

afferma che la legittimazione attiva e passiva all'impugnazione spetta alla sola società incorporante che prosegue in tutti i rapporti (anche processuali) anteriori alla fusione e facenti capo alla società incorporata, **Sez. 5, n. 32208/2019, D'Orazio, Rv. 656108 - 01**, ravvisa nell'art. 2504-*bis* c.c. una vicenda modificativa-evolutiva della medesima compagine societaria in cui la legittimazione (attiva e passiva) alla prosecuzione dei rapporti spetta sia alla società incorporante sia alla società incorporata, a meno che quest'ultima venga cancellata dal registro delle imprese con conseguente sua estinzione; difforme, su tale arresto, è la decisione di **Sez. 5, n. 04042/2019, Catallozzi, Rv. 652527-01**, che, proprio in ragione dell'effetto della fusione (modificativo dell'organizzazione societaria già esistente e non creativo di un nuovo ente distinto dal vecchio), riconosce la legittimazione (nella specie, passiva) all'impugnazione anche in capo alla società incorporata, la quale, nonostante la cancellazione dal registro delle imprese, "sopravvive" in tutti i suoi rapporti, anche processuali, a norma dell'art. 2504-*bis* c.c..

L'interesse all'impugnazione, originariamente riscontrabile, potrebbe essere inciso, però, dal giudicato esterno: infatti, nel peculiare caso in cui la sentenza di appello impugnata col ricorso per cassazione sia stata successivamente annullata dal giudice in accoglimento di un'opposizione di terzo *ex* art. 404 c.p.c., l'eventuale passaggio in giudicato di quest'ultima decisione determinerebbe la sopravvenuta inammissibilità del gravame già proposto (**Sez. 2, n. 10357/2019, Scarpa, Rv. 653498-01**, che ha rinviato la causa a nuovo ruolo, in attesa del passaggio in giudicato della sentenza d'appello, che ha pronunciato sull'opposizione di terzo).

2.1. (Segue) La soccombenza e il raddoppio del contributo unificato.

La soccombenza si pone quale presupposto dell'ammissibilità stessa del gravame (individuando i soggetti legittimati alla sua proposizione), ma rileva anche per l'applicazione, nei procedimenti iniziati in data successiva al 30 gennaio 2013, dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002 nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, disposizione che prevede l'obbligo, in capo all'impugnante, del pagamento di una somma pari al doppio del contributo unificato "*quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile*" e che il giudice debba dare "*atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente*".

Sulla natura tributaria dell'obbligazione (che – secondo **Sez. 6-L, n. 08958/2019, Ghinoy, Rv. 653394-01** – incombe anche sull'agente per la riscossione nei procedimenti in tema di contributi previdenziali, non essendo applicabile ad essa l'esonero previsto dall'art. 48 del d.P.R. n. 602 del 1973) si è esplicitamente pronunciata, conformemente a numerosi precedenti di legittimità, **Sez. 1, n.**

09660/2019 Terrusi, Rv. 653689-01, affermando che il provvedimento giurisdizionale, nella parte relativa alla previsione del “raddoppio” del contributo unificato costituisce mera ricognizione del presupposto oggettivo della norma – e, cioè, del rigetto, della dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità dell’impugnazione – mentre restano irrilevanti, al momento della pronuncia, eventuali condizioni soggettive (nella specie, l’ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato) che precludano l’esperimento di un’azione di recupero.

Consegue a quanto ora esposto che la declaratoria della sussistenza dei presupposti per il versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato ex art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, volta ad “*agevolare l’accertamento amministrativo*”, non è suscettibile di impugnazione, non avendo natura di condanna e restando estranea all’oggetto della contesa tra le parti (**Sez. I, n. 29424/2019, Bellè, Rv. 655711-01**).

Dalla statuizione relativa alla sussistenza dei presupposti, dunque, deriva soltanto la mera annotazione, a cura della cancelleria, dell’importo nel foglio notizie e nel registro di cui agli artt. 280 e 161 del d.P.R. n. 115 del 2002, mentre le condizioni soggettive della parte devono invece essere verificate, nella loro specifica esistenza e permanenza, da parte della cancelleria al momento dell’eventuale successiva attività di recupero del contributo (**Sez. 1, n. 27867/2019, Terrusi, Rv. 655780-01**).

In senso difforme all’orientamento prevalente si è pronunciata **Sez. 5, n. 22646/2019, D’Aquino, Rv. 655049-01**, secondo la quale l’ammissione del ricorrente al patrocinio a spese dello Stato preclude l’applicazione del disposto di cui all’art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, pur in presenza di rigetto dell’impugnazione; si è affermato, difatti, che l’insussistenza dei presupposti dell’obbligazione *de qua* non potrebbe essere sollevata in sede di riscossione, sia perché preclusa dalla definitività della statuizione del giudice che attesta i requisiti del raddoppio del contributo, sia perché l’onere di far valere successivamente l’eventuale erroneità di tale indicazione si porrebbe in contrasto con l’art. 6 della CEDU (diritti alla ragionevole durata del processo e all’equo esame della controversia) e con l’art. 47 della Carta Fondamentale dell’Unione Europea (norme già richiamate nel conforme precedente di Sez. I, n. 13935/2017, Cinque, Rv. 644533-01).

3. I termini di impugnazione: a) il termine cd. breve.

Le impugnazioni ordinarie, come detto, sono soggette, ai fini della loro ammissibilità, al rispetto dei termini perentori dettati dagli artt. 325 ss. c.p.c., nel

senso che il decorso di questi ultimi determina il passaggio in giudicato del provvedimento, con conseguente chiusura, in rito, del giudizio di gravame.

I termini in questione sono sostanzialmente di due tipi: a) uno cd. “breve” (*ex* artt. 325 e 326 c.p.c.) – di trenta giorni per il regolamento di competenza, l’appello, la revocazione e l’opposizione di terzo revocatoria e di sessanta giorni per il ricorso per cassazione – avente un *dies a quo* differente a seconda della tipologia di impugnazione; b) uno cd. “lungo” (*ex* art. 327 c.p.c.), attualmente di sei mesi (di un anno, prima della modifica apportata dall’art. 46, comma 17, l. 18 giugno 2009, n. 69) con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza.

Il termine cd. breve decorre, di regola, dalla notificazione ad istanza di parte, ai sensi degli artt. 285 e 286 c.p.c., del provvedimento suscettibile di impugnazione, restando irrilevante la comunicazione – seppur in forma integrale – effettuata dal cancelliere (**Sez. 1, n. 10540/2019, Sambito, Rv. 653472-01**, riguardante il termine per la proposizione di ricorso per cassazione dell’ordinanza di riconoscimento ed esecutività di sentenza straniera); infatti, la comunicazione a mezzo PEC di cancelleria, quand’anche riguardante il provvedimento nella sua interezza, non produce i medesimi effetti della notificazione della sentenza ed è inidonea a far decorrere il termine breve, “*così come chiarito dalla novellazione del secondo comma dell’art. 133 c.p.c., operata con l’art. 45, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2014, convertito con la l. n. 114 del 2014*” (**Sez. 6-2, n. 16938/2019, Sabato, Rv. 654345-01**), in quanto consente al destinatario di acquisire la legale scienza dell’avvenuto deposito ma non è atto esclusivamente destinato a provocare l’impugnazione (**Sez. 3, n. 05495/2019, Rossetti, Rv. 652992-01**).

Comporta la decorrenza del termine breve d’impugnazione anche la notifica a mezzo PEC della sentenza impugnata, ma – per dimostrare nel giudizio di cassazione che tale effetto si sia prodotto – il notificante è tenuto a “convertire” in copia cartacea il messaggio di trasmissione, le ricevute di avvenuta consegna e di accettazione, la relata di notificazione e la copia conforme della sentenza, ferma restando la facoltà, per il destinatario, di contestarne la regolarità anche sotto il profilo formale (**Sez. L, n. 16421/2019, Arienzo, Rv. 654239-01**, ha escluso la tardività del ricorso per cassazione, dedotta dal controricorrente con riferimento al termine decorrente dalla notifica telematica, poiché il ricorrente aveva contestato la regolarità della copia estratta su supporto analogico).

Per far decorrere il termine breve d’impugnazione la notificazione della sentenza deve essere compiuta ad istanza della parte interessata e nei confronti della controparte presso il domicilio eletto.

Con riguardo al mittente, l’espressione “*su istanza di parte*” contenuta nell’art. 325 c.p.c. deve essere riferita non solo ai soggetti del rapporto processuale ma anche ai loro difensori che, in virtù della procura alle liti, hanno il potere di compiere,

nell'interesse dei primi, tutti gli atti del processo a questi non espressamente riservati; perciò, anche la notifica eseguita su richiesta del difensore della parte munito di regolare procura è idonea a far decorrere il termine breve (**Sez. 3, n. 19530/2019, Iannello, Rv. 654574-01**).

Con riguardo al destinatario, **Sez. 1, n. 07197/2019, Scalia, Rv. 653633-02**, ha statuito che la notifica compiuta al domicilio reale del soccombente, anziché al procuratore costituito (nel domicilio eletto ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934 dal procuratore che esercita la professione fuori del circondario del tribunale presso il quale è in corso il processo, come chiarisce **Sez. 6-2, n. 08081/2019, Criscuolo, Rv. 653383-01**), realizza una forma di notificazione inidonea a far decorrere il termine breve, sia perché non risulta rappresentativa della volontà impugnatoria, sia perché non integra il necessario veicolo di conoscenza in favore del soggetto professionalmente qualificato (il procuratore costituito) a valutare l'opportunità della proposizione dell'impugnazione.

È comunque sufficiente, per gli effetti *ex* artt. 325 e 326 c.p.c., la notifica della sentenza ad uno soltanto dei difensori nominati dalla parte (**Sez. L, n. 02677/2019, Cinque, Rv. 652569-02**).

Le previsioni dell'art. 16-*sexies* del d.l. n. 179 del 201, conv. con modif. dalla l. n. 221 del 2012, come modificato dal d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., dalla l. n. 114 del 2014 – che impone di eseguire le notificazioni e le comunicazioni esclusivamente all'indirizzo p.e.c. che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza – hanno introdotto il cosiddetto “domicilio digitale” al quale devono essere destinate le notifiche rivolte al difensore costituito, anche se l'indirizzo non è indicato negli atti o se il destinatario abbia omissso di eleggere il domicilio nel Comune in cui ha sede l'ufficio giudiziario; di conseguenza, la notificazione della sentenza effettuata – ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934 – presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario anziché al domicilio digitale è nulla e inidonea a far decorrere il termine breve *ex* art. 325 c.p.c., a meno che, oltre all'omessa elezione di domicilio, non risulti altresì l'inaccessibilità all'indirizzo di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario (**Sez. 6-2, n. 14140/2019, Abete, Rv. 654325-01**).

È controverso se la notifica della sentenza di primo grado (recante in epigrafe il nominativo del difensore) effettuata ad una pubblica amministrazione nella sua sede – quando tale luogo sia contemporaneamente, oltre che sede dell'ente, anche sede dell'avvocatura interna e domicilio eletto per il giudizio – sia idonea a far decorrere il termine di cui all'art. 325 c.p.c. (**Sez. 3, n. 31868/2019, Rossetti, non massimata**, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della predetta questione alle Sezioni Unite).

Come detto, il *dies a quo* coincide con la data di notifica della sentenza, ma può accadere, sia pur raramente, che vi sia difformità di date tra la relata di notifica in possesso del notificante e quella consegnata al destinatario; in tale ipotesi **Sez. L, n. 27722/2019, Marchese, Rv. 655525-01**, ha statuito che la tempestività della impugnazione deve essere valutata con riguardo alla data risultante dalla relata di notifica redatta sull'atto in possesso del destinatario, che, per computare il termine utile per l'impugnazione, deve poter fare affidamento sull'esattezza delle risultanze del documento, le quali possono essere contestate (dal notificante) solo mediante querela di falso, tesa a superare la discrasia tra i due atti pubblici (nella fattispecie è stata cassata la sentenza di merito che, nella difformità di date ed in assenza di querela di falso, aveva dato prevalenza a quella della relata di notifica della sentenza di primo grado in possesso del notificante, in quanto risultante dall'attestazione del registro UNEP).

Il termine breve di impugnazione *ex art. 325 c.p.c.* inizia a decorrere anche per il notificante dalla data in cui la notifica viene eseguita nei confronti del destinatario e, cioè, dal momento in cui la notificazione si perfeziona, in quanto gli effetti sul rapporto processuale sono necessariamente comuni a tutte le parti (**Sez. U, n. 06278/2019, Lombardo, Rv. 652972-01**).

Sottesa alla disciplina *ex artt. 325 e 326 c.p.c.* è la *ratio* per cui il termine breve di impugnazione decorre soltanto in forza di una conoscenza “legale” del provvedimento da impugnare, conseguita per effetto di un'attività svolta nel processo, della quale la parte sia destinataria o che ella stessa ponga in essere e che sia normativamente idonea a determinare da sé detta conoscenza o tale, comunque, da farla considerare acquisita con effetti esterni rilevanti sul piano del rapporto processuale.

Conseguentemente, sono equipollenti alla notificazione della sentenza, ai fini della decorrenza del termine breve, la notificazione del ricorso per la revocazione di una sentenza del Consiglio di Stato (**Sez. U, n. 32114/2019, Genovese, Rv. 656172 - 01**) oppure di una sentenza d'appello (**Sez. 5, n. 22220/2019, Fasano, Rv. 654828-01**), perché essa implica la legale conoscenza della decisione sia per la parte notificante, sia per la parte destinataria, onde la tempestività del successivo ricorso per cassazione va accertata con riferimento al termine breve di sessanta giorni decorrente dal ricorso per revocazione.

Parimenti, la notificazione di una prima impugnazione – pur se proposta in maniera irrituale – dimostra necessariamente la piena conoscenza della decisione contestata (**Sez. 2, n. 02990/2019, Carrato, Rv. 652436-01**, ha ritenuto che il termine breve decorresse dalla proposizione di un reclamo avverso un'ordinanza, avente natura sostanziale di sentenza, che la parte avrebbe dovuto impugnare con appello).

L'interpretazione giurisprudenziale che individua il *dies a quo* nel compimento di un'attività processuale che presupponga la conoscenza legale del provvedimento gravato, trova applicazione anche in relazione all'impugnazione della decisione degli arbitri, sicché la notifica di una seconda impugnazione del lodo irrituale deve essere compiuta entro il termine breve decorrente dalla prima impugnazione (**Sez. L, n. 30062/2019, Spena, Rv. 655861-01**).

Solo in casi eccezionali, è la comunicazione del provvedimento a segnare il *dies a quo* di decorrenza del termine breve.

Ad esempio, nel cd. “rito Fornero” il termine breve per la proposizione del reclamo alla corte di appello avverso la sentenza del tribunale sulla impugnativa di licenziamento di cui all'art. 18 st. lav. (art. 1, comma 58, l. n. 92 del 2012) o per la proposizione del ricorso per cassazione (art. 1, comma 62, della l. n. 92 del 2012) decorre dalla comunicazione del provvedimento integrale, quale risultante dall'attestazione rilasciata dalla cancelleria con i dati estratti automaticamente dal registro informatico, o dalla notificazione della stessa se anteriore; **Sez. L, n. 00134/2019, Marchese, Rv. 652217-01**, ha infatti ribadito che la disciplina è speciale e derogatoria delle disposizioni generali e su di essa non incide la modifica dell'art. 133, comma 2, c.p.c. (introdotta dal d.l. n. 90 del 2014, conv. con modif. dalla l. n. 114 del 2014) nella parte in cui stabilisce che la comunicazione non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni.

In senso analogo si è pronunciata **Sez. 6-1, n. 23443/2019, Pazzi, Rv. 655506-01**, affermando che, in forza delle speciali disposizioni dell'art. 18, commi 13 e 14, l.fall., la notifica – eseguita dal cancelliere mediante posta elettronica certificata – del testo integrale della sentenza reiettiva del reclamo avverso la declaratoria di fallimento è idonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione in cassazione.

Pertanto, qualora la comunicazione di cancelleria spedita all'indirizzo PEC di uno dei procuratori della parte non sortisca esito positivo a causa della saturazione della capienza della casella del destinatario, deve reputarsi legittima l'effettuazione della comunicazione mediante deposito dell'atto in cancelleria, ai sensi dell'art. 16, comma 6, del d.l. n. 179 del 2012, conv. dalla l. n. 221 del 2012, come modificato dall'art. 47 del d.l. n. 90 del 2014, conv. dalla l. n. 114 del 2014, senza che la cancelleria abbia l'onere, una volta non andato a buon fine il primo tentativo di comunicazione, di tentare l'invio del provvedimento ad altro procuratore della parte costituita in giudizio con due difensori (**Sez. L, n. 13532/2019, Pagetta, Rv. 653961-01**).

Anche in ipotesi di declaratoria di inammissibilità dell'appello *ex art. 348-ter* c.p.c., la parte che intenda esercitare il diritto di ricorrere in cassazione ai sensi del comma 3 di tale disposizione, deve rispettare il termine di sessanta giorni, di cui

all'art. 325, comma 2, c.p.c., decorrente dalla comunicazione dell'ordinanza ovvero dalla sua notificazione (nel caso in cui la controparte vi abbia provveduto prima della detta comunicazione) ovvero anche dal rilascio, da parte della cancelleria, di una copia formale della medesima ordinanza, posto che l'estrazione di una copia autentica del provvedimento rappresenta una forma di conoscenza equipollente alla comunicazione di cancelleria in ragione della individuazione del soggetto richiedente e di quello che ritira la copia, nonché dell'annotazione della relativa data di rilascio (**Sez. 2, n. 00001/2019, Sabato, Rv. 652349-01**).

L'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione può essere appellata nel termine "breve" *ex art. 702-quater c.p.c.*, decorrente dalla sua comunicazione o notificazione (**Sez. 2, n. 24379/2019, Casadonte, Rv. 655255-01**); la regola sul *dies a quo* del termine breve si applica anche quando la domanda proposta ai sensi degli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c., esaminata in un giudizio interamente svoltosi secondo le regole del procedimento sommario di cognizione, sia stata decisa con un provvedimento erroneamente qualificato come sentenza, in assenza di elementi idonei a ipotizzare una consapevole scelta del giudice di qualificare diversamente l'azione o di convertire il rito in ordinario (in tale fattispecie **Sez. 2, n. 30850/2019, Scarpa, Rv. 656192 - 01**, ha escluso l'applicazione dell'art. 327 c.p.c. e quindi, del termine d'impugnazione di sei mesi).

L'art. 189, comma 1, r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 detta un'ulteriore disciplina speciale (derogatoria dell'art. 133, comma 2, ult. parte, c.p.c.) prevedendo che *"l'appello avverso le sentenze definitive dei Tribunali delle acque pubbliche è proposto nel termine di trenta giorni dalla notificazione del dispositivo, ai sensi dell'art. 183"*; in proposito, **Sez. U, n. 05642/2019, Bruschetta, Rv. 652977-01** (e, conformemente, **Sez. U, n. 29083/2019, Cirillo F.M., Rv. 656059 - 01**) ha statuito che il predetto termine breve decorre dal rilascio a mezzo PEC della copia integrale della sentenza, a seguito dell'avviso previsto dal comma 3 dell'art. 183 r.d. n. 1775 del 1933 (*"Il cancelliere annota in apposito registro il deposito ed entro tre giorni da tale deposito trasmette la sentenza con gli atti all'ufficio del registro e ne dà avviso alle parti perché provvedano alla registrazione."*), atteso che la soppressione dell'obbligo di registrazione delle sentenze civili ha reso ormai irrazionale ed inutile la notificazione della copia integrale del dispositivo, originariamente prevista dal successivo comma 4 dello stesso articolo (*"Restituiti la sentenza e gli atti dall'ufficio del registro, il cancelliere entro cinque giorni ne esegue la notificazione alle parti, mediante consegna di copia integrale del dispositivo, nella forma stabilita per la notificazione degli atti di citazione"*).

Specifici termini di decorrenza delle impugnazioni, diversi dalla data di notificazione o pubblicazione o comunicazione della sentenza, si applicano nel caso di

(a) revocazione straordinaria *ex art.* 395, nn. 1, 2, 3, e 6, relativamente alla quale il termine di 30 giorni decorre, alternativamente, dal giorno in cui è stato scoperto il dolo (per il caso di dolo di una delle parti a danno dell'altra), dal giorno in cui è stata scoperta la falsità delle prove (in caso di sentenza pronunciata in base a prove riconosciute o dichiarate false), dal giorno in cui è stato recuperato il documento decisivo non precedentemente prodotto per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario (**Sez. 2, n. 05144/2019, Dongiacomo, Rv. 652700-01**, precisa che il *dies a quo* non si identifica nella materiale apprensione dei medesimi, bensì nell'acquisizione di un grado di conoscenza del loro contenuto sufficiente a valutarne la rilevanza revocatoria), dal giorno in cui è passata in giudicato la sentenza che ha accertato il dolo del giudice,

(b) revocazione da parte del pubblico ministero *ex art.* 397 c.p.c. (rispetto alla quale il termine di 30 giorni decorre dal giorno in cui il pubblico ministero ha avuto notizia della sentenza, qualora essa sia stata pronunciata senza che egli sia stato sentito; o dal giorno in cui egli ha scoperto la collusione posta in opera dalle parti per frodare la legge),

(c) di opposizione di terzo revocatoria *ex art.* 404, comma 2 c.p.c. (nel qual caso il termine di 30 giorni decorre dal giorno in cui è stata scoperto il dopo o la collusione delle parti in danno dei propri creditori e aventi causa).

Riguardo al termine per proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza fatta oggetto di revocazione e del potere del giudice di merito di sospenderne la decorrenza, risolvendo un contrasto, **Sez. U, n. 21874/2019, Frasca, Rv. 655037-01**, ha statuito che l'effetto sospensivo (del termine o del corso del giudizio di cassazione frattanto introdotto) derivante dall'accoglimento dell'istanza di sospensione avanzata dalla parte *ex art.* 398, comma 4, c.p.c. si produce soltanto dal momento della comunicazione del relativo provvedimento.

3.1. (Segue) Termine breve e sopravvenienze.

Varie pronunce della S.C. hanno esaminato questioni relative a sopravvenute modifiche (del soggetto destinatario o del luogo di notifica) astrattamente idonee ad incidere sulla decorrenza del termine breve per l'impugnazione.

Richiamando l'art. 85 c.p.c., **Sez. L, n. 02677/2019, Cinque, Rv. 652569-01**, ha stabilito l'irrelevanza, ai fini della notifica della sentenza, della sopraggiunta revoca della procura o della rinuncia al mandato, atti che non hanno effetto nei confronti dell'altra parte fino alla sostituzione del difensore.

In caso di trasferimento del procuratore domiciliatario indicato nel giudizio *a quo*, il dato di riferimento personale prevale su quello topografico, sicché deve ritenersi priva di effetti, ai fini della decorrenza del termine breve per

l'impugnazione, la notificazione, con esito negativo, della sentenza presso il domicilio dichiarato; il procedimento notificatorio deve infatti compiersi nei confronti della parte presso il domicilio reale del procuratore, come risultante dall'albo ovvero dagli atti processuali, anche in mancanza di una rituale comunicazione alla controparte del cambio di indirizzo, essendo onere del notificante individuare, mediante apposite ricerche, il corretto luogo di notificazione e, cioè, la sede del nuovo studio del procuratore (**Sez. L, n. 27911/2019, Amendola F., Rv. 655528-01**).

Nell'ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto controverso, la notificazione della sentenza al dante causa è idonea a far decorrere il termine ex artt. 325 e 326 c.p.c. sia nei confronti di questo (dato che la sua legittimazione quale sostituto processuale perdura sino all'intervento dell'avente causa e alla sua estromissione), sia nei confronti del successore, il quale assume la stessa posizione del dante causa in relazione alle impugnazioni (**Sez. 2, n. 20856/2019, Scarpa, Rv. 655181-02**).

Nessun rilievo assume la cessazione di fatto dell'attività professionale del difensore destinatario della notificazione; infatti, la notifica della sentenza ad un procuratore che, pur se inattivo per gravi ragioni di salute, è regolarmente iscritto all'albo è idonea a far decorrere il termine breve (**Sez. U, n. 00487/2019, Mercolino, Rv. 652241-01**, la quale ha altresì chiarito che le circostanze afferenti il difensore non rilevano nemmeno ai fini di una rimessione in termini, poiché l'interessato potrebbe acquisire conoscenza della sentenza impugnata anche dai collaboratori dello studio professionale).

3.2. (Segue) b) il termine cd. lungo.

Quanto al termine cd. lungo, esso decorre dalla pubblicazione della sentenza a norma dell'art. 133 c.p.c. (*“La sentenza è resa pubblica mediante deposito nella cancelleria del giudice che l'ha pronunciata. Il cancelliere dà atto del deposito in calce alla sentenza e vi appone la data e la firma, ed entro cinque giorni, mediante biglietto contenente il testo integrale della sentenza, ne dà notizia alle parti che si sono costituite”*) e non dalla data di comunicazione dell'avvenuto deposito della sentenza alla parte costituita (art. 133, comma 2, ult. parte, c.p.c.: *“La comunicazione non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'articolo 325”*).

La pubblicazione della sentenza digitale, ai fini dell'art. 327 c.p.c., si perfeziona nel momento in cui il sistema informatico provvede, per il tramite del cancelliere, ad attribuire alla sentenza il numero identificativo e la data, poiché è da tale momento che il provvedimento diviene ostensibile agli interessati (**Sez. 6-L, n. 02362/2019, Cavallaro, Rv. 652618-01**).

Precisa **Sez. 6-2, n. 07635/2019, Carrato, Rv. 653376-01**, che, qualora la sentenza rechi un'unica data di pubblicazione apposta dal cancelliere, non rileva il mero previo inserimento della sentenza nel registro cronologico, in assenza di attestazione di un'altra data di deposito e, quindi, di una scissione temporale tra il momento del deposito e quello della pubblicazione (non trova applicazione, dunque, quanto statuito da Sez. U, n. 18569/2016, Di Iasi, Rv. 641078-01, in caso di scissione tra pubblicazione e deposito della sentenza con apposizione di distinte date in calce alla stessa, con conseguente necessità di accertare la conoscibilità del provvedimento attraverso il deposito ufficiale in cancelleria ed il suo inserimento nell'elenco cronologico con attribuzione del relativo numero identificativo).

L'art. 46, comma 17, della l. n. 69 del 2009 ha ridotto la durata del termine lungo da un anno a sei mesi: la nuova previsione è tuttavia applicabile, ai sensi dell'art. 58, comma 1, l. cit., ai soli giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore e, quindi, dal 4 luglio 2009, restando irrilevante l'eventuale procedimento cautelare introdotto precedentemente (**Sez. L, n. 06951/2019, Arienzo, Rv. 653084-01**).

Per l'individuazione del corretto termine di impugnazione *ex art. 327 c.p.c.* (annuale o semestrale) occorre considerare che nel processo tributario la sentenza con la quale vengono decisi, a seguito di riunione, i ricorsi avverso atti impositivi riferiti a diverse annualità fiscali lascia immutata l'autonomia dei singoli giudizi; conseguentemente, pur essendo formalmente unica, la sentenza si risolve in altrettante pronunzie quante sono le cause decise, ciascuna delle quali è soggetta ad un proprio regime rispetto ai termini di impugnazione e alla decorrenza degli stessi (**Sez. 5, n. 17236/2019, Fanticini, Rv. 654690-01**; successivamente, nello stesso senso, **Sez. 5, n. 25083/2019, Catallozzi, Rv. 655407-01**).

La morte oppure la perdita della capacità di stare in giudizio della parte in pendenza del termine *ex art. 327 c.p.c.* comportano l'applicazione dell'art. 328, comma 3, c.p.c. Quest'ultima norma stabilisce che “*Se dopo sei mesi dalla pubblicazione della sentenza si verifica alcuno degli eventi previsti nell'art. 299, il termine di cui all'articolo precedente è prorogato per tutte le parti di sei mesi dal giorno dell'evento*”, ma la sua applicazione letterale non assolverebbe ad alcuna *ratio* dopo la riduzione *ex lege* del termine lungo, dato che gli eventi interruttivi occorsi nei primi sei mesi di decorrenza del termine resterebbero irrilevanti e il giudicato sopraggiunto al semestre precluderebbe l'operatività della proroga disposta per eventi verificatisi nel periodo successivo; con interpretazione adeguatrice e coordinata con la novellata formulazione dell'art. 327 c.p.c., **Sez. 2, n. 20529/2019, Sabato, Rv. 654892-01**, ha affermato che la norma va intesa “*nel senso che, ove dopo il decorso della metà del termine di cui al citato art. 327 c.p.c. si verifichi uno degli accadimenti previsti dall'art. 299 c.p.c., il termine lungo di impugnazione è prorogato, per tutte le parti, di tre mesi dal giorno di tale evento*”.

3.3. (Segue) Profili comuni ai due termini di impugnazione.

L'inammissibilità dell'impugnazione (nella specie, appello) per tardività (così come l'improcedibilità del gravame) è oggetto di verifica *ex officio* del giudice di legittimità, sempre che ciò non comporti accertamenti in fatto incompatibili col giudizio di cassazione e a condizione che il giudice di merito non si sia espressamente pronunciato sulla questione pregiudiziale (**Sez. 3, n. 11204/2019, Olivieri, Rv. 653709-01**, la quale precisa che, in caso di decisione sul punto, l'eventuale erroneità della sentenza si converte in ragione di nullità, da far valere con apposito motivo di ricorso).

Nell'ipotesi in cui il ricorrente per cassazione non allegghi che la sentenza impugnata gli è stata notificata, la S.C. deve ritenere che lo stesso ricorrente abbia esercitato il diritto di impugnazione entro il cd. termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c., procedendo all'accertamento della sua osservanza.

Al contrario, qualora lo stesso ricorrente indichi che il provvedimento impugnato era stato notificato ai fini del decorso del termine di impugnazione, l'art. 369, comma 2, c.p.c. impone il deposito, a pena di improcedibilità del ricorso, della copia autentica della sentenza impugnata con la relata di notifica, allo scopo di consentire al giudice dell'impugnazione, sin dal momento del deposito del ricorso, di accertarne la tempestività del gravame in relazione al termine di cui all'art. 325, comma 2, c.p.c.

L'omessa produzione di copia autentica della sentenza impugnata e della relata di notificazione della medesima non incide sulla procedibilità del ricorso qualora emerga che l'atto è stato notificato entro il sessantesimo giorno dalla pubblicazione della sentenza, risultando dimostrato il rispetto del termine breve (**Sez. 6-3, n. 11386/2019, Pellecchia, Rv. 653711-01**).

Non determina l'improcedibilità del ricorso per cassazione nemmeno il tempestivo deposito di copia analogica della decisione impugnata predisposta in originale telematico e notificata a mezzo PEC priva di attestazione di conformità del difensore *ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter*, l. n. 53 del 1994 (oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa), a condizione che il controricorrente depositi a sua volta copia analogica della decisione ritualmente autenticata ovvero non disconosca, *ex art. 23, comma 2, d.lgs. n. 82 del 2005*, la conformità della copia informale all'originale notificatogli (**Sez. U, n. 08312/2019, Tria, Rv. 653597-01**). Se, invece, il ricorrente dichiara di avere ricevuto la notificazione della sentenza impugnata e ometta il deposito della relazione di notificazione (ovvero delle copie cartacee dei messaggi di spedizione e di ricezione, in caso di notificazione a mezzo PEC) e di tale documentazione non abbia effettuato la produzione neppure la parte controricorrente (rimasta soltanto intimata), è preclusa la verifica della tempestività

dell'impugnazione e il ricorso deve essere dichiarato improcedibile (**Sez. 6-2, n. 19695/2019, Criscuolo, Rv. 654987-01; Sez. U, n. 08312/2019, Tria, Rv. 653597-01**).

L'atto di impugnazione impedisce la formazione del giudicato se il gravame viene intrapreso entro il termine (breve o lungo) con l'atto introduttivo prescritto dalla legge.

In caso di mancato perfezionamento della notificazione dell'atto di impugnazione entro il termine perentorio *ex* artt. 325 o 327 c.p.c. a causa di circostanze non imputabili al richiedente, quest'ultimo, una volta appreso l'esito negativo della notifica, al fine di conservare gli effetti collegati alla richiesta originaria ha l'onere di riattivare autonomamente il procedimento notificatorio entro un termine ragionevolmente contenuto (cfr. Sez. U, n. 14594/2016, Curzio, Rv. 640441-01), senza necessità di un provvedimento di rimessione in termini per la rinnovazione della notifica, il quale comporterebbe un allungamento dei tempi del processo (**Sez. 6-5, n. 09286/2019, Capozzi, Rv. 653401-01**, che ha dichiarato il non luogo a provvedere sulla richiesta, dovendosi escludere la possibilità di chiedere una preventiva autorizzazione del giudice).

Per stabilire se il mancato perfezionamento della notificazione in conseguenza del trasferimento del difensore domiciliatario della parte destinataria sia imputabile al notificante oppure no, occorre distinguere a seconda che il difensore al quale viene effettuata detta notifica eserciti o meno la propria attività nel circondario del tribunale dove si svolge la controversia: solo nella prima ipotesi è onere del notificante accertare, anche mediante riscontro delle risultanze dell'albo professionale, quale sia l'effettivo domicilio del difensore, a prescindere dalla comunicazione, da parte di quest'ultimo del successivo mutamento (**Sez. 5, n. 08618/2019, Venegoni, Rv. 653527-01**, relativa a notifica rivolta a difensore il cui domicilio si era spostato all'interno della città de L'Aquila, le cui condizioni a seguito del sisma del 2009 imponevano al notificante doverosi accertamenti tesi a verificare se l'immobile non fosse più abitato).

Rigorosamente **Sez. 6-1, n. 17336/2019, Di Marzio, Rv. 654717-01**, afferma che è imputabile al notificante l'esito negativo del tentativo di notifica dell'atto di appello presso il precedente recapito del difensore della controparte che abbia trasferito altrove il suo studio, poiché è agevole l'accertamento dell'ubicazione dello studio attraverso la consultazione telematica dell'albo degli avvocati; conseguentemente, tale notificazione è radicalmente inesistente e, come tale, non può essere sanata *ex* art. 156, comma 3, c.p.c. dalla costituzione in giudizio dell'appellato, né è ammessa la riattivazione del procedimento notificatorio.

Di inerzia dell'impugnante – e, segnatamente, della parte che, nell'impugnare l'ordinanza del tribunale in tema di protezione internazionale, abbia mancato di

notificare il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza entro il termine fissato – si è occupata anche **Sez. 1, n. 30968/2019, Terrusi, Rv. 656274 - 01**, affermando che non è possibile l'assegnazione di un nuovo termine per la notifica (pur trattandosi di un termine non perentorio), perché l'omesso espletamento di un incombente processuale esula dall'ambito dell'art. 154 c.p.c. e, inoltre, perché alla parte non può essere consentito di rendersi arbitra dei tempi del processo d'appello, allungandone con condotte omissive la ragionevole durata.

Pure nel giudizio di cassazione il ricorrente è tenuto ad attivarsi tempestivamente ed autonomamente, anche nel caso in cui sia stata disposta la rinnovazione della notificazione ai sensi dell'art. 291 c.p.c.; infatti, in presenza di vizi impicanti la nullità della notifica da rinnovare è esclusa la possibilità di assegnare un nuovo termine per l'adempimento, essendo invece onere della parte provvedere ad altra valida notifica prima della declaratoria di inammissibilità del ricorso (**Sez. 6-3, n. 14742/2019, Scrima, Rv. 654054-01**).

È consolidato il principio di ultrattività del rito secondo cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con riguardo esclusivo alla qualificazione, anche implicita, dell'azione e del provvedimento compiuta dal giudice: perciò, in tema di liquidazione degli onorari e diritti di avvocato, nel caso in cui il ricorrente abbia introdotto il giudizio con le forme del rito sommario *ex* art. 702-*bis* c.p.c., anziché con quelle del rito speciale *ex* art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, il provvedimento di primo grado deve essere impugnato con l'appello previsto dall'art. 702-*quater* c.p.c. (**Sez. 1, n. 00210/2019, Campese, Rv. 652067-01**).

Così, se il primo grado del giudizio di impugnazione di delibere condominiali è trattato nelle forme del rito speciale del lavoro (e, perciò, introdotto con ricorso anziché con citazione), deve considerarsi ammissibile l'impugnazione della sentenza proposta con ricorso tempestivamente depositato in cancelleria, a prescindere dalla sua successiva notificazione (**Sez. 2, n. 21632/2019, Scalisi, Rv. 654905-01**).

Se il principio di ultrattività del rito comporta la prosecuzione del processo nei gradi successivi con le stesse forme (anche se errate), spetta però al giudice del merito accertare forme processuali, condizionanti la tempestività dell'impugnazione, siano state in concreto adottate (**Sez. 1, n. 28519/2019, Scalia, Rv. 655778-01**, ha confermato la decisione di inammissibilità dell'appello proposto con ricorso anziché con citazione, essendo stato accertato che il giudizio di primo grado era stato effettivamente trattato con il rito ordinario, ancorché introdotto nella forma camerale).

Sul notificante grava il rischio di un'erronea scelta del rito per l'impugnazione: tuttavia, l'appello erroneamente proposto con ricorso, anziché con atto di citazione, è ammissibile ove sia notificato entro il termine di impugnazione; allo stesso modo,

deve reputarsi ammissibile il tempestivo deposito in cancelleria dell'appello introdotto con citazione, anziché con ricorso. Varie pronunce declinano il predetto principio: l'appello della sentenza di separazione personale tra coniugi (che, *ex art.* 23 l. n. 74 del 1987, è regolato dal rito camerale) introdotto con atto di citazione (e non con ricorso) è ammissibile, purché il deposito dell'atto nella cancelleria del giudice adito sia avvenuto entro i termini perentori fissati dalla legge (**Sez. 6-1, n. 00403/2019, Valitutti, Rv. 652669-01**); l'impugnazione dell'ordinanza *ex art.* 702-*ter* c.p.c. può essere proposta esclusivamente nella forma ordinaria dell'atto di citazione, ma l'introduzione dell'appello con ricorso è sanata se l'atto è stato non solo depositato nella cancelleria del giudice competente, ma anche notificato alla controparte nel termine perentorio di cui all'art. 325 c.p.c. (**Sez. 2, n. 24379/2019, Casadonte, Rv. 655255-01**).

I termini per l'impugnazione sono, di regola, assoggettati a sospensione nel periodo feriale: la deroga alla sospensione prevista dall'art. 1 della l. n. 742 del 1969 per le cause inerenti ad obblighi alimentari, non riguarda, però, le cause di separazione giudiziale dei coniugi relativamente alle statuizioni adottate in materia di alimenti (**Sez. 1, n. 01874/2019, Genovese, Rv. 652681-01**); al contrario, la controversia che, pur non riguardando un rapporto compreso tra quelli indicati dagli artt. 409 o 442 c.p.c., sia stata trattata con il rito del lavoro, è esente dalla sospensione dei termini di impugnazione nel periodo feriale *ex art.* 3 della l. n. 742 del 1969, perché il rito adottato dal giudice, anche se non correttamente, costituisce per le parti criterio di riferimento anche ai fini del computo dei termini per la proposizione dell'impugnazione (**Sez. L, n. 21442/2019, Negri Della Torre, Rv. 654810-01**); l'inapplicabilità della sospensione dei termini processuali alle opposizioni esecutive attiene ad ogni fase processuale della lite, ivi compresa l'impugnazione (**Sez. 1, n. 10212/2019, Marulli, Rv. 653634-01**).

4. Le impugnazioni incidentali.

Gli artt. 333 e 334 c.p.c. disciplinano, rispettivamente, l'impugnazione incidentale tempestiva e tardiva (sebbene il codice di rito detti specifiche disposizioni per l'appello incidentale – art. 343 c.p.c. – e per il ricorso per cassazione incidentale – art. 371 c.p.c.), tradizionalmente contrapposte, in via di definizione, a quella principale: il carattere, principale o incidentale, dell'impugnazione deriva, peraltro, da una questione meramente cronologica, nel senso che è principale l'impugnazione proposta per prima, mentre è incidentale quella successiva.

Alla base della disciplina in esame si pone, da un lato, l'esistenza di una situazione di soccombenza reciproca (che ha luogo ogni qual volta le parti abbiano visto solo parzialmente accolte le proprie conclusioni) e, dall'altro, il cd. principio di

unità del giudizio di impugnazione, che trova esplicitazione anche nel successivo art. 335 c.p.c., in virtù del quale va disposta la riunione di tutte le impugnazioni proposte separatamente al fine di scongiurare la possibilità di frammentazione del giudicato (in applicazione di detta disposizione, **Sez. 2, n. 12795/2019, Casadonte, Rv. 653814-01**, ha escluso che debba ordinarsi l'integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario al quale non risulti notificata l'impugnazione e che abbia però a sua volta impugnato la decisione, in quanto già parte dell'ormai unitario giudizio).

Il presupposto della riunione *ex* art. 335 c.p.c. è costituito dall'identità della sentenza oggetto di impugnazione; al di fuori di tale ipotesi, l'istanza di trattazione congiunta di una pluralità di giudizi relativi alla medesima vicenda deve essere sorretta da ragioni idonee ad evidenziare i benefici suscettibili di bilanciare gli inevitabili ritardi conseguiti all'accoglimento della richiesta di rinvio, specialmente nel giudizio di cassazione, caratterizzato da impulso d'ufficio (**Sez. 3, n. 14365/2019, Guizzi, Rv. 654203-01**, ha ritenuto non meritevole di accoglimento la richiesta riunione tra un ricorso per cassazione avverso la sentenza che aveva dichiarato inammissibile per tardività l'appello e quello avverso la sentenza che aveva deciso l'impugnazione per revocazione avverso la medesima sentenza d'appello).

La distinzione tra impugnazione incidentale tempestiva e tardiva non è di poco conto, giacché quest'ultima (e non anche la prima) è processualmente dipendente, ai sensi dell'art. 334, comma 2, c.p.c., da quella principale, la cui inammissibilità determina anche l'inefficacia del gravame incidentale. Applicando analogicamente la menzionata disposizione (nonché gli artt. 343 e 371 c.p.c.) nel "rito Fornero", **Sez. L, n. 13532/2019, Pagetta, Rv. 653961-02**, ha ritenuto che dall'inammissibilità della opposizione intempestiva al provvedimento conclusivo della fase sommaria *ex* art. 1, comma 47, l. n. 92 del 2012 derivi l'inammissibilità anche della domanda riconvenzionale proposta dalla parte convenuta nel giudizio di opposizione tardivamente instaurato.

La parte che intenda ottenere con l'impugnazione una riforma della decisione è tenuta a proporre tempestivamente il gravame, poiché l'impugnazione incidentale tardiva va dichiarata inammissibile laddove l'interesse alla sua proposizione non sia insorto per effetto dell'impugnazione principale e fosse, invece, preesistente all'impugnazione principale (così **Sez. 3, n. 27616/2019, Sestini, Rv. 655641-01**, conforme a Sez. L, n. 06156/2018, Blasutto, Rv. 647499-01, e difforme da Sez. 5, n. 18415/2018, De Masi, Rv. 649766-01).

Come già esposto, in caso di declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione principale, quella incidentale tardiva è inefficace ai sensi dell'art. 334, comma 2, c.p.c.; all'inefficacia non consegue la condanna al pagamento del doppio del

contributo unificato, trattandosi di sanzione conseguente alle sole declaratorie di rigetto nel merito, inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione, *ex* art. 13, comma 1-*quater*, d.P.R. n. 115 del 2002 (**Sez. 5, n. 01343/2019, Cavallari, Rv. 652317-01**).

Anche l'impugnazione incidentale tempestiva può essere subordinata, per volontà del suo proponente, all'accoglimento del gravame principale: infatti, per effetto del principio dispositivo, le parti hanno la facoltà di disporre dell'ordine logico delle questioni poste (salvo quelle rilevabili d'ufficio), e, quindi, possono condizionare l'appello incidentale all'accoglimento di quello principale concernente il merito della causa, ancorché, con l'impugnazione incidentale, ripropongano una questione di carattere pregiudiziale o preliminare, di rito o di merito (**Sez. 2, n. 05134/2019, Tedesco, Rv. 652759-01**, la quale spiega che la totale infondatezza dell'appello principale determinerebbe il venir meno dell'interesse alla decisione di quello incidentale, in quanto il suo eventuale esito positivo non potrebbe portare all'appellante un risultato più favorevole).

La parte che ai sensi degli artt. 333 e 371 c.p.c. avrebbe potuto proporre soltanto l'impugnazione incidentale e, ciononostante, abbia introdotto il giudizio di cassazione con ricorso proposto irritualmente in forma autonoma può conseguire la sanatoria in impugnazione incidentale, purché l'atto introduttivo rispetti i requisiti temporali prescritti (notificazione non eccedente il termine di quaranta giorni da quella del ricorso principale); la decadenza conseguente all'inosservanza di detto termine non può ritenersi superata dall'eventuale rispetto del termine di cui agli artt. 325 o 327 c.p.c., giacché la tardività o la tempestività, in relazione a quest'ultimo, assume rilievo ai soli fini della determinazione della sorte dell'impugnazione stessa in caso di inammissibilità di quella principale, *ex* art. 334 c.p.c. (**Sez. 5, n. 30775/2019, D'Oriano, Rv. 655939-01**; analogamente, **Sez. 6-3, n. 26811/2019, Rubino, Rv. 655424-01**, riguardo ad appello proposto in via principale da chi, essendo stata la sentenza già impugnata da un'altra parte, avrebbe potuto proporre soltanto appello incidentale). Nel particolare caso di processo con pluralità di parti, per valutare la tempestività *ex* art. 370 c.p.c. del ricorso per cassazione proposto autonomamente dopo il primo e convertito in impugnazione incidentale rispetto a quella principale, occorre riferirsi non già al ricorso principale non notificato alla parte stessa, bensì alla data di effettiva notifica del primo ricorso incidentale successivo a quello principale (**Sez. 1, n. 28259/2019, Marulli, Rv. 655562-01**).

La questione relativa alla tempestività (o meno) dell'appello incidentale, se non prospettata nel giudizio di secondo grado, può essere dedotta con il ricorso per cassazione o anche rilevata d'ufficio per la prima volta in sede di legittimità (**Sez. U, n. 16979/2019, Carrato, Rv. 654370-01**).

Deve reputarsi ammissibile l'impugnazione incidentale tardiva avanzata dalla parte che abbia introdotto un'impugnazione principale con notificazione inesistente; infatti, quando il procedimento notificatorio dell'atto introduttivo del gravame non si è perfezionato (nella specie, perché il destinatario risultava trasferito altrove), non si determina la consumazione del diritto di impugnare e la stessa parte, ricevuta la notificazione dell'impugnazione avversaria, è ammessa a ripetere le stesse censure già precedentemente formulate nel proprio originario atto (**Sez. 3, n. 25403/2019, Frasca, Rv. 655271-01**).

Di rilevante impatto pratico è la decisione di **Sez. U, n. 10934/2019, D'Ascola, Rv. 653787-01**, riguardante l'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva del condomino in una controversia relativa a diritti sulle parti comuni: la configurabilità di un autonomo potere individuale – concorrente con quello dell'amministratore – di agire e resistere a tutela dei suoi diritti di comproprietario *pro quota*, rende ammissibile il ricorso incidentale tardivo del condomino che, pur non avendo svolto difese nei precedenti gradi di merito, intenda evitare gli effetti sfavorevoli della sentenza pronunciata nei confronti del condominio.

5. La pluralità di parti in primo grado: effetti sull'impugnazione.

Quando la sentenza di prime cure è stata pronunciata in una situazione di litisconsorzio (cioè nei confronti di più parti), occorre stabilire quali parti devono partecipare al giudizio di impugnazione. Difatti, la verifica della corretta instaurazione del contraddittorio, quanto alla chiamata in giudizio dei litisconsorti necessari, riguardando la valida costituzione del rapporto processuale, ha carattere preliminare rispetto all'esame dei motivi di impugnazione, anche quando questi attengano alla regolare costituzione del contraddittorio nel grado precedente (**Sez. L, n. 21443/2019, Marotta, Rv. 654811-01**).

Il codice di rito distingue a seconda del vincolo che ha determinato il litisconsorzio, prevedendo che (a) quando si tratti di cause inscindibili o tra loro dipendenti, il giudizio di impugnazione si deve svolgere nei confronti di tutte le parti che hanno partecipato alla precedente fase (art. 331 c.p.c.), mentre (b) nella diversa ipotesi di plurime cause che avrebbero potuto essere trattate separatamente (e, solo per motivi contingenti, le cause – scindibili – sono state trattate in un solo processo) il giudizio di impugnazione non richiede necessariamente la partecipazione di ognuno dei contendenti (art. 332 c.p.c.).

Tale diversità di disciplina implica che, nel primo caso, l'omessa impugnazione della sentenza nei confronti di tutte le parti non determina “*ex se*” l'inammissibilità del gravame, ma la necessità per il giudice d'ordinare l'integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., nei confronti della parte pretermessa

(anche laddove il litisconsorte necessario pretermesso non sia stato neppure indicato nell'atto di impugnazione, secondo **Sez. 6-3, n. 08065/2019, Rubino, Rv. 653796-01**), a pena di nullità del procedimento di secondo grado e della sentenza che l'ha concluso, vizio rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità (**Sez. U, n. 07927/2019, Rubino, Rv. 653278-01; Sez. 6-L, n. 08790/2019, Ghinoy, Rv. 653392-01**) e non sanato dalla volontaria costituzione del litisconsorte pretermesso che abbia accettato senza riserve la decisione, non potendo operare il temperamento stabilito dall'art. 157, comma 3, c.p.c. per una nullità determinata dal giudice (**Sez. 2, Sentenza n. 08695/2019, Scarpa, Rv. 653486-02**).

Il termine assegnato dal giudice ai sensi dell'art. 331 c.p.c. è automaticamente interrotto nel caso in cui, in sede di notificazione dell'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti del contumace, la parte venga a conoscenza della sua morte o della sua perdita della capacità; in applicazione analogica dell'art. 328 c.p.c., comincia nuovamente a decorrere un nuovo termine (di durata pari a quella iniziale) a condizione che la parte notificante riattivi con immediatezza il processo notificatorio, senza che sia necessario presentare apposita istanza al giudice (**Sez. U, n. 14266/2019, Doronzo, Rv. 654033-01**).

Non comporta l'inammissibilità del gravame l'inottemperanza all'ordine di integrazione del contraddittorio *ex* art. 331 c.p.c. a causa della sopravvenuta estinzione della società nel momento in cui detto ordine poteva essere eseguito (**Sez. 3, n. 02551/2019, Porreca, Rv. 652663-02**).

Peraltro – come osserva **Sez. 6-3, n. 16858/2019, Dell'Utri, Rv. 654323-01** – l'ordine di integrazione del contraddittorio ha lo scopo di rendere possibile la decisione sul merito, sicché esso non deve essere disposto dal giudice d'appello quando l'impugnazione sia comunque inammissibile.

Nemmeno è necessario provvedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti della medesima persona fisica (già destinataria "in proprio" di rituale notifica dell'impugnazione) che cumuli in sé, oltre alla qualità di parte, quella di erede di altro soggetto che era parte del precedente grado di giudizio (**Sez. 2, n. 12317/2019, Tedesco, Rv. 653810-01**).

L'art. 331 c.p.c. trova applicazione non solo alle fattispecie in cui la necessità del litisconsorzio in primo grado derivi da ragioni di ordine sostanziale, ma anche a quelle di "cd. litisconsorzio necessario processuale", che si verificano quando la presenza di più parti nel giudizio di primo grado debba necessariamente persistere in sede di impugnazione, al fine di evitare possibili giudicati contrastanti in ordine alla stessa materia e nei confronti di quei soggetti che siano stati parti del giudizio (**Sez. 6-L, n. 08790/2019, Ghinoy, Rv. 653392-01**).

Quanto all'individuazione della natura del rapporto dedotto in giudizio, la casistica giurisprudenziale è varia.

Così, ad esempio, **Sez. 3, n. 14379/2019, Dell’Utri, Rv. 654091-01**, – pur dando atto che la domanda di risarcimento dei danni cumulativamente proposta nei confronti di più soggetti corresponsabili di un fatto illecito non dà luogo, di regola, a litisconsorzio in sede di impugnazione – individua un’eccezione nell’ipotesi in cui l’accertamento della responsabilità di uno degli autori dell’illecito presupponga necessariamente quello della responsabilità degli altri; conseguentemente, l’impugnazione della sentenza di condanna proposta dal responsabile originario per negare la propria responsabilità dà luogo ad una causa inscindibile rispetto a quella promossa nei confronti del responsabile “di riflesso”, che in caso di accoglimento del gravame si troverebbe altrimenti a rispondere da solo del fatto commesso da un altro soggetto.

Analogamente, il rapporto processuale tra creditore, debitore principale e fideiussore, realizza un litisconsorzio facoltativo nella fase d’introduzione del giudizio, ma, una volta instaurato, dà luogo a un litisconsorzio processuale, che diventa necessario nei gradi d’impugnazione, se siano riproposti temi comuni al debitore principale e al fideiussore (**Sez. 3, n. 20313/2019, Valle, Rv. 654870-01**).

Un’ulteriore ipotesi di litisconsorzio processuale riguarda la necessaria partecipazione in grado d’appello del condomino intervenuto nel giudizio di primo grado, promosso dall’amministratore del condominio a tutela dei beni comuni (**Sez. 2, Sentenza n. 08695/2019, Scarpa, Rv. 653486-02**).

Al contrario, si realizza una situazione di scindibilità delle cause in sede di impugnazione in caso di rigetto della domanda di manleva avanzata dal convenuto nei confronti del terzo, indicato come soggetto responsabile della pretesa fatta valere dall’attore, senza che questo abbia esteso la sua domanda verso il chiamato (**Sez. 3, n. 23977/2019, Guizzi, Rv. 655104-01**).

6. Il contumace involontario.

Ai sensi dell’art. 327 c.p.c., ove il contumace dimostri di non aver avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione di essa, e per nullità della notificazione degli atti di cui all’art. 292, può impugnare la sentenza anche al di là del termine lungo, sempre che la sentenza non gli sia stata notificata personalmente.

Il contumace è onerato di provare sia la nullità della citazione o della relativa notificazione (nonché della notificazione degli atti di cui all’art. 292 c.p.c.) sia la mancata conoscenza del processo a causa di detta nullità e, dunque, è tenuto a dimostrare l’esistenza di circostanze di fatto positive dalle quali si possa desumere il difetto di anteriore conoscenza o la presa di conoscenza del processo in una certa data; tale prova può essere fornita anche mediante presunzioni, senza che, però,

possa delinarsi, come effetto della presunzione semplice di mancata conoscenza del processo, l'inversione dell'onere della prova nei confronti di chi eccepisce la decadenza dall'impugnazione (**Sez. 2, n. 00008/2019, Oricchio, Rv. 652006-01**).

Quando il giudizio si sia svolto nella contumacia di una parte, anche se irritualmente dichiarata, la sentenza che lo conclude deve essere notificata alla parte personalmente, ai sensi dell'art. 292, comma 4, c.p.c.; tale modalità di notificazione comporta la conoscenza legale della sentenza da parte del contumace involontario e, dunque, essa è idonea a far decorrere il termine di impugnazione *ex art.* 325 c.p.c. tanto nel caso in cui la notifica della sentenza sia effettuata nell'anno dalla pubblicazione quanto nel caso in cui sia effettuata successivamente, poiché in entrambe le ipotesi la parte erroneamente dichiarata contumace si trova a prendere contestualmente conoscenza della lite, del procedimento e della sentenza, nonché della necessità di impugnare la stessa nel termine breve (**Sez. 6-3, n. 01893/2019, De Stefano, Rv. 652510-01**).

7. Effetti dell'accoglimento dell'impugnazione.

L'art. 336 c.p.c. disciplina il cd. effetto espansivo della sentenza riformata o cassata; l'accoglimento del gravame può riverberarsi sulle parti della decisione che siano da esso dipendenti, anche se non investite dall'impugnazione (effetto espansivo interno di cui al primo comma), oppure sui provvedimenti e sugli atti dipendenti dalla riforma o dalla cassazione della sentenza (effetto espansivo esterno di cui al secondo comma).

Sez. 3, n. 23985/2019, Graziosi, Rv. 655106-01, precisa che la modificabilità dei capi di sentenza autonomi ma dipendenti da altro capo, costituendo un'eccezione al principio della formazione del giudicato in mancanza di impugnazione, va applicata con estremo rigore.

Nel corso del 2019 è stata più volte esaminata la questione relativa alla restituzione delle somme corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado: la domanda restitutoria non può considerarsi "nuova" perché è consequenziale alla richiesta di modifica della decisione impugnata e il relativo diritto sorge, ai sensi dell'art. 336 c.p.c., per il solo fatto della riforma della sentenza; qualora il giudice d'appello ometta di provvedere sulla stessa, la parte può alternativamente denunciare l'omissione con ricorso per cassazione o farla valere riproponendola in autonomo giudizio (anche con procedimento monitorio), posto che la mancata pronuncia dà luogo ad un giudicato solo processuale e non sostanziale (**Sez. 6-3, n. 30495/2019, Scoditti, Rv. 656164 - 01; Sez. 6-2, n. 30389/2019, Criscuolo, Rv. 656254 - 01; Sez. L, n. 14253/2019, Lorito, Rv. 653973-01**).

Altra frequente ipotesi di effetto espansivo interno concerne le spese di lite del precedente grado di giudizio: il potere del giudice d'appello di procedere d'ufficio ad un nuovo regolamento delle spese processuali, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, sussiste in caso di riforma in tutto o in parte della sentenza impugnata, in quanto il relativo onere deve essere attribuito e ripartito in relazione all'esito complessivo della lite; tuttavia, l'accoglimento del gravame della parte in cui favore sia stata pronunciata la condanna alla rifusione delle spese di lite non giustifica, in difetto di impugnazione sul punto, la caducazione di tale condanna (**Sez. 3, n. 27606/2019, Dell'Utri, Rv. 655640-01**, ha cassato la sentenza d'appello che, nel riformare la sentenza impugnata aumentando l'entità della condanna al risarcimento danni pronunciata in favore degli appellanti, aveva modificato il regolamento delle spese di primo grado in termini meno favorevoli per gli appellanti).

L'effetto del giudicato può estendersi, *ex art.* 336, comma 2, c.p.c., anche ad altri provvedimenti giurisdizionali: **Sez. 3, n. 22864/2019, Moscarini, Rv. 655091-01**, ha ritenuto che resti travolto il decreto ingiuntivo (così come i suoi effetti esecutivi) per il *quantum debeatur* che sia stato ottenuto in base ad una sentenza, poi riformata, sull'*an*; **Sez. 5, n. 21801/2019, Fanticini, Rv. 654827-01**, ha affermato che la cassazione della pronuncia di annullamento della pretesa impositiva determina un effetto espansivo nel giudizio di impugnazione del correlato atto di riscossione (nella specie, la cartella di pagamento).

CAPITOLO XIII

L'APPELLO

(DI GIOVANNI FANTICINI)

SOMMARIO: 1. Caratteri generali del processo d'appello. – 2. I provvedimenti appellabili. – 3. Forme e termini dell'impugnazione – 4. L'oggetto dell'impugnazione. – 5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione *ex art. 346 c.p.c.* – 6. Le parti e il contraddittorio. – 7. I *nova* in appello. - 7.1. (Segue) Nuovi documenti in appello.

1. Caratteri generali del processo d'appello.

Con la riforma introdotta dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, il legislatore ha inteso trasformare il giudizio di appello da *novum iudicium* (da intendersi quale mezzo per sottoporre nuovamente al secondo giudice, in tutto o in parte, l'oggetto della lite svoltasi in prime cure) a *revisio prioris instantiae* (e, cioè, a strumento di controllo degli errori di diritto o di fatto contenuti nel provvedimento impugnato, così come denunciati dalle parti).

Anche se già in precedenza si riteneva che il giudice d'appello potesse esercitare il proprio sindacato entro la griglia di soluzioni proposte dall'appellante sui capi e sulle questioni specificamente devolute, l'effetto devolutivo tracciato dalla riforma risulta maggiormente definito entro i limiti delle contrapposte iniziative delle parti, le quali – con un appello necessariamente motivato (*ex artt. 342 e 434 c.p.c.*) o attraverso la riproposizione delle questioni (*ex art. 346 c.p.c.*) o con l'appello incidentale (*ex artt. 343 e 436 c.p.c.*) – delineano i confini del gravame e, nel contempo, così sanciscono l'abbandono delle domande e delle eccezioni non riproposte (*ex art. 346 c.p.c.*) e segnano i margini dell'acquiescenza parziale (*ex art. 329, comma 2, c.p.c.*).

Si deve all'interpretazione di Sez. U, n. 27199/2017, Cirillo F.M., Rv. 645991-01, l'individuazione della corretta portata innovativa della riforma del 2012: è stato respinto l'orientamento, più formalistico e restrittivo, che intendeva far coincidere l'appello con i mezzi di impugnazione a critica vincolata; al contrario, l'oggetto dell'impugnazione è pur sempre costituito dall'originario rapporto dedotto in primo grado (e non già dalla sentenza in quella sede pronunciata), con la conseguenza che nessun “progetto alternativo di decisione” è esigibile (addirittura a pena di inammissibilità secondo l'orientamento rifiutato) dall'appellante il quale invece, come già avveniva nel vigore delle precedenti formulazioni, è tenuto ad articolare i propri motivi di gravame in una parte volitiva – mediante l'individuazione dell'oggetto e dell'ampiezza sul piano argomentativo della cognizione del giudice di

appello – e in una parte argomentativa, con l'esposizione delle ragioni di erroneità di ciascuna delle statuizioni impugnate.

Nel solco della predetta interpretazione, **Sez. 3, n. 11197/2019, Moscarini, Rv. 653588-01**, ha ribadito che l'appello è un giudizio sul rapporto controverso e non sulla correttezza della sentenza impugnata; conseguentemente, non può predicarsi l'ossequio al principio di autosufficienza dell'impugnazione (caratteristico del ricorso per cassazione), mentre deve pretendersi dall'appellante il rispetto del principio di specificità del gravame, da formulare con censure di specificità commisurata all'ampiezza ed alla precisione della motivazione della decisione gravata (ed è evidente che, in presenza di una statuizione genericamente argomentata, non possa imporsi all'appellante, che intenda dolersi del rigetto in primo grado delle sue istanze istruttorie, altro onere se non quello di riproporre l'istanza o la domanda immotivatamente rigettata).

Allo stesso modo, **Sez. 2, n. 07675/2019, Grasso Giu., Rv. 653027-01**, ha ritenuto ammissibile, perché dotato di sufficiente specificità, il motivo d'appello che illustri, in fatto ed in diritto, la statuizione oggetto di censura, sì da consentire al giudice di cogliere natura, portata e senso della critica; la stessa pronuncia esclude, di contro, che l'appellante debba allegare o riportare analiticamente tutte le emergenze di causa rilevanti investite della censura, come è invece previsto per l'impugnazione a critica vincolata.

La differenza tra il contenuto necessario dell'appello e quello del ricorso per cassazione è sottolineata anche da **Sez. L, n. 03194/2019, Pagetta, Rv. 652880-01**, la quale – nel dichiarare inammissibile il motivo per violazione del principio di autosufficienza (in quanto il ricorrente, pur denunciando violazione dell'art. 342 c.p.c., aveva omissso di riportare e trascrivere il contenuto della decisione di primo grado, le censure svolte col gravame e le argomentazioni della sentenza d'appello) – ha osservato che è invece requisito dell'atto d'appello, oltre alla necessaria (ma non sufficiente) manifestazione della volontà di impugnare, una parte argomentativa che, contrapponendosi alla motivazione della sentenza impugnata, con espressa e motivata censura, miri ad incrinarne il fondamento logico-giuridico.

Peraltro, l'abbandono della configurazione dell'appello quale *novum iudicium* – inteso come pieno riesame nel merito della fattispecie oggetto della decisione impugnata – non impedisce che il giudice di secondo grado, per decidere la controversia sottoposta al suo riesame, possa – salve le preclusioni derivanti dalla formazione della cosa giudicata – giungere alla medesima soluzione oppure pervenire a diverse conclusioni anche in forza di argomentazioni trascurate dal primo giudice ovvero in base ad un diverso apprezzamento dei fatti o a una loro ricostruzione autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti ovvero, ancora, attraverso una qualificazione giuridica oppure in applicazione di una norma giuridica

diverse da quelle invocate dall'appellante (**Sez. 6-L, n. 00513/2019, Cavallaro, Rv. 652131-01**).

Analogamente si è espressa **Sez. 1, n. 13835/2019, Falabella, Rv. 654258-01**, la quale ha escluso la sussistenza di un *error in iudicando* nell'ordinanza *ex* artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. che, pur condividendo le ragioni della decisione appellata, conteneva anche proprie argomentazioni, diverse da quelle prese in considerazione dal giudice di primo grado.

2. I provvedimenti appellabili.

Le sentenze di primo grado sono, di regola, suscettibili di impugnazione con appello, a meno che la legge non disponga diversamente.

Un'eccezione si rinviene proprio nell'art. 339, comma 2, c.p.c. che sancisce l'inappellabilità delle sentenze pronunciate secondo equità; il successivo comma 3 della citata disposizione, tuttavia, prevede una "eccezione alla eccezione", perché ammette la proponibilità dell'appello avverso le decisioni del giudice di pace pronunciate secondo equità in cause di valore non eccedente Euro 1.100,00, ma soltanto per specifici motivi e, cioè, per violazione a) delle norme sul procedimento, b) di norme costituzionali, c) di disposizioni comunitarie oppure d) dei principi regolatori della materia.

Si deve dunque considerare ammissibile l'appello avverso la sentenza – emessa dal giudice di pace nell'ambito di un giudizio di equità *ex* art. 113, comma 2, c.p.c. – di condanna dello Stato italiano al risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione della Direttiva n. 1998/83/CE, concernente i limiti alla concentrazione di arsenico nelle acque destinate al consumo umano (**Sez. 3, n. 04559/2019, Olivieri, Rv. 652750-01**, la quale aggiunge che i limiti all'ammissibilità dell'appello non comportano, però, alcuna preclusione alla cognizione del giudice dell'impugnazione).

Parimenti, si deve ritenere ammissibile – perché riguardante la dedotta violazione del principio costituzionale del giusto processo – l'appello avverso la sentenza pronunciata *ex* art. 113, comma 2, c.p.c., col quale si contesti l'avvenuta parcellizzazione della domanda e, cioè, il "frazionamento del credito", che si pone in contrasto con i doveri di correttezza e buona fede e anche col principio *ex* art. 111 Cost. (**Sez. 6-2, n. 15398/2019, Orilia, Rv. 654137-01**).

L'antinomia (invero apparente) tra l'art. 339, comma 3, c.p.c. (che prevede l'appellabilità limitata) e l'art. 616 c.p.c. (il quale, dopo l'abrogazione della parte finale – dove era stato previsto, dalla l. n. 52 del 2006, che l'opposizione all'esecuzione fosse decisa "*con sentenza non impugnabile*" – ad opera dell'art. 49, comma 2, della l. n. 69 del 2009, reintegra l'esperibilità dell'appello) è stata risolta da

Sez. 3, n. 23623/2019, D'Arrigo, Rv. 655491-01: con principio di diritto enunciato ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c., la S.C. ha affermato che l'abrogazione del divieto di appellabilità (vigente nel periodo tra l'1 marzo 2006 e il 4 luglio 2009) non incide sulla portata dell'art. 339, comma 3, c.p.c., sicché le sentenze del giudice di pace in materia di opposizione all'esecuzione, pronunciate secondo equità necessaria in ragione del valore della lite, sono appellabili esclusivamente per i limitati motivi indicati dalla succitata disposizione.

Sempre con riferimento alle sentenze del giudice di pace, **Sez. 6-2, n. 33456/2019, Sabato, Rv. 656265 - 01**, ha ribadito che deve essere impugnata con l'appello (nei limiti e secondo le previsioni dell'art. 339 c.p.c. e, dunque, in una causa esorbitante dai limiti della giurisdizione equitativa) e non col regolamento di competenza, la decisione con la quale il giudice di pace declini la propria competenza, essendo interdetto in tale fattispecie il regolamento di competenza (art. 46 c.p.c.).

In base alle statuizioni di **Sez. 3, n. 17440/2019, Porreca, Rv. 654406-01**, si deve invece escludere *tout court* il rimedio dell'appello avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare che decida in ordine alla portata sostanziale del titolo esecutivo e all'ammissibilità dell'azione esecutiva: il provvedimento, infatti, o è reclamabile *ex art.* 624 c.p.c. (se la decisione è presa in vista della sospensione della procedura) o è opponibile ai sensi dell'art. 617 c.p.c. (qualora sia dichiarata la definitiva chiusura del processo).

È inappellabile, a norma dell'art. 445-*bis*, ult. comma, c.p.c., la sentenza che definisce il giudizio di contestazione delle conclusioni del consulente tecnico dell'ufficio incaricato dell'accertamento tecnico preventivo obbligatorio; rileva **Sez. 6-L, n. 03670/2019, Ghinoy, Rv. 652905-01**, che il divieto di impugnazione della predetta decisione non contrasta né con la Carta costituzionale (non essendo prevista, in materia, la pluralità dei gradi di giudizio), né con l'art. 6 CEDU (il quale ammette limitazioni all'accesso alla tutela giurisdizionale in presenza di motivate ragioni, quali la deflazione del contenzioso ed il contenimento dei tempi processuali).

Qualora la sentenza sia cassata con rinvio innanzi al giudice di primo ed unico grado, la decisione del giudice di rinvio (salvo il caso di rinvio cd. restitutorio) non soggiace alle sopraggiunte modifiche normative relative al regime di impugnabilità (in continuità con Sez. U, n. 11844/2016, Ambrosio, Rv. 639945-01, **Sez. 6-L, n. 00167/2019, Doronzo, Rv. 652229-01**, ha confermato la declaratoria di inammissibilità dell'appello avverso la sentenza di rigetto dell'opposizione all'esecuzione pronunciata in sede di rinvio prosecutorio, nonostante la reintroduzione, nelle more, dell'appellabilità di dette sentenze ad opera dell'art. 49 della l. n. 69 del 2009).

3. Forme e termini dell'impugnazione.

L'erronea scelta del rito per l'impugnazione non comporta necessariamente l'inammissibilità dell'appello, se il mancato rispetto delle forme prescritte per l'atto introduttivo non incide sulla formazione della cosa giudicata: così l'appello erroneamente proposto con ricorso, anziché con atto di citazione, è ammissibile ove sia notificato entro il termine di impugnazione; allo stesso modo, deve reputarsi ammissibile il tempestivo deposito in cancelleria dell'appello introdotto con citazione, anziché con ricorso.

Varie pronunce declinano il predetto principio: l'appello della sentenza di separazione personale tra coniugi (che, *ex art.* 23 l. n. 74 del 1987, è regolato dal rito camerale) introdotto con atto di citazione (e non con ricorso) è ammissibile, purché il deposito dell'atto nella cancelleria del giudice adito sia avvenuto entro i termini perentori fissati dalla legge (**Sez. 6-1, n. 00403/2019, Valitutti, Rv. 652669-01**); parimenti, l'impugnazione dell'ordinanza *ex art.* 702-*ter* c.p.c. può essere proposta esclusivamente nella forma ordinaria dell'atto di citazione, ma l'introduzione dell'appello con ricorso è sanata se l'atto è stato non solo depositato nella cancelleria del giudice competente, ma anche notificato alla controparte nel termine perentorio di cui all'*art.* 325 c.p.c. (**Sez. 2, n. 24379/2019, Casadonte, Rv. 655255-01**).

In base al principio di ultrattività del rito, qualora una controversia sia stata erroneamente trattata in primo grado con il rito ordinario (anziché con quello speciale), le forme di tale rito devono essere rispettate anche per la proposizione dell'appello (da introdursi, quindi, con atto di citazione); specularmente, se la controversia è stata regolata con rito speciale (ad esempio, il rito del lavoro) in primo grado (anziché con quello ordinario), l'impugnazione deve seguire le forme della cognizione speciale.

L'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con riguardo esclusivo alla qualificazione, anche implicita, dell'azione e del provvedimento compiuta dal giudice: perciò, in tema di liquidazione degli onorari e diritti di avvocato, nel caso in cui il ricorrente abbia introdotto il giudizio con le forme del rito sommario *ex art.* 702-*bis* c.p.c., anziché con quelle del rito speciale *ex art.* 14 d.lgs. n. 150 del 2011, il provvedimento di primo grado deve essere impugnato con l'appello previsto dall'*art.* 702-*quater* c.p.c. (**Sez. 1, n. 00210/2019, Campese, Rv. 652067-01**).

Analogamente, se il primo grado del giudizio di impugnazione di delibere condominiali è trattato nelle forme del rito speciale del lavoro (e, perciò, introdotto con ricorso anziché con citazione), deve considerarsi ammissibile l'impugnazione della sentenza proposta con ricorso tempestivamente depositato in cancelleria, a

prescindere dalla sua successiva notificazione (**Sez. 2, n. 21632/2019, Scalisi, Rv. 654905-01**).

Spetta, però, al giudice del merito accertare quali forme processuali (eventualmente errate) siano state in concreto adottate e ciò anche ai fini della tempestività dell'impugnazione, (**Sez. 1, n. 28519/2019, Scalia, Rv. 655778-01**, ha confermato la decisione di inammissibilità dell'appello proposto con ricorso anziché con citazione, essendo stato accertato che il giudizio di primo grado era stato effettivamente trattato con il rito ordinario, ancorché introdotto nella forma camerale).

L'atto di appello deve essere notificato al difensore della controparte nel domicilio eletto; qualora questo abbia trasferito altrove il suo studio, la notificazione non perfezionatasi è radicalmente inesistente, non avendo conseguito lo scopo di far pervenire l'atto al destinatario; non può ravvisarsi sanatoria *ex art. 156*, comma 3, c.p.c. nella costituzione in giudizio dell'appellato, né è consentita la riattivazione procedimento notificatorio poiché il vizio è imputabile alla negligenza del notificante (**Sez. 6-1, n. 17336/2019, Di Marzio, Rv. 654717-01**).

Riguardo al contenuto dell'atto di citazione in appello, il rinvio alle norme dettate per il procedimento di primo grado innanzi al tribunale (*ex art. 359 c.p.c.*) implica la necessaria presenza dei requisiti stabiliti dall'art. 163 c.p.c., ivi compresi gli elementi integranti la *vocatio in ius*; in mancanza di questi ultimi operano i meccanismi di sanatoria *ex tunc* previsti dall'art. 164, commi 2 e 3, c.p.c., sicché, in caso di omessa indicazione della data dell'udienza, il giudice deve ordinare la rinnovazione della citazione all'appellato che non si sia costituito, mentre la costituzione di quest'ultimo ha *ex se* effetto sanante, salva la necessità di rinvio in ipotesi di inosservanza del termine di comparizione (**Sez. 3, n. 23979/2019, Sestini, Rv. 655105-01**, la quale ha ritenuto che la notifica dell'atto di appello – erroneamente proposto con ricorso anziché con atto di citazione e privo del decreto di fissazione dell'udienza – non comporti la decadenza dall'impugnazione, in quanto sanata dalla costituzione della controparte cui sia stata successivamente, ancorché tardivamente, notificata altra copia del ricorso completa del decreto di fissazione dell'udienza).

L'applicazione delle regole del primo grado e, in particolare, delle norme sulla sanatoria dell'atto introduttivo viziato è confermata anche da **Sez. 1, n. 11549/2019, Pazzi, Rv. 653767-01**: il mancato rispetto del termine *ex art. 163-bis c.p.c.* tra la notifica dell'atto di citazione in appello e l'udienza di comparizione determina la nullità dell'atto ai sensi dell'art. 164, comma 1, c.p.c., che deve essere sanata, in caso di mancata costituzione del convenuto, attraverso la rinnovazione entro un termine perentorio, la quale ha efficacia *ex tunc* (fin dalla prima notifica) e impedisce il

passaggio in giudicato della sentenza impugnata, nonostante l'avvenuto decorso del termine per l'impugnazione al momento del rinnovo.

Una volta notificato l'atto di impugnazione, l'appellante deve costituirsi entro il termine di dieci giorni che decorre, in caso di pluralità di appellati, dalla prima notificazione, indipendentemente dalle caratteristiche degli appellati stessi (litisconsorti necessari ovvero parti di causa scindibile, titolari di posizione, sostanziale o processuale, coincidente con o divergente da quella dell'impugnante, ecc.); il termine di costituzione dalla notificazione è rigidamente fissato dal combinato disposto degli artt. 165, 347 e 348 c.p.c., senza che l'appellante possa modificarne la decorrenza attraverso una distinzione tra i destinatari dell'atto e, cioè, facendo decorrere il termine dalla notificazione nei confronti dell'appellato contro il quale abbia rivolto i motivi di appello (**Sez. 6-3, n. 06963/2019, Rossetti, Rv. 653440-01**).

In esito alla costituzione dell'appellante, spetta al cancelliere, ai sensi dell'art. 347, comma 3, c.p.c. richiedere la trasmissione del fascicolo d'ufficio del primo grado: tale attività, tuttavia, non costituisce condizione di validità del giudizio d'appello, poiché – come affermato da Sez. 6-1, n. 09498/2019, Iofrida, Rv. 653795-01 – la sua omissione non determina un vizio del procedimento o della sentenza, ma può al più cagionare un vizio della motivazione del provvedimento di secondo grado, sempreché venga specificamente prospettato che da detto fascicolo il giudice d'appello avrebbe potuto o dovuto trarre elementi decisivi per la decisione della causa, non rilevabili *aliunde* ed esplicitati dalla parte interessata con l'impugnazione per cassazione.

Il mancato (ri)deposito (nel termine prescritto dall'art. 169, comma 2 c.p.c.) del fascicolo di parte dell'appellante ritualmente costituito non consente la dichiarazione di improcedibilità dell'impugnazione (**Sez. 3, n. 02336/2019, Fiecconi, Rv. 652659-01**, la quale aggiunge che il giudice d'appello aveva dichiarato che la controversia poteva essere decisa a prescindere dall'esame dei documenti contenuti nel fascicolo di parte appellante di primo e secondo grado).

Parimenti si deve escludere l'improcedibilità del gravame, nei giudizi di appello soggetti al rito del lavoro, in caso di omessa notificazione del decreto di anticipazione dell'udienza quando sia stata tempestivamente eseguita la notificazione del ricorso e dell'originario decreto di fissazione dell'udienza (**Sez. L, n. 20995/2019, Di Paolantonio, Rv. 654800-01**); del resto, – come già statuito da Sez. 6-L, n. 22166/2018, Esposito, Rv. 650502-01, e Sez. L, n. 09735/2018, Marotta, Rv. 648185-01 – il mancato rispetto del termine *ex* art. 435, comma 3, c.p.c. non determina improcedibilità, bensì nullità, peraltro sanabile *ex tunc* mediante la spontanea costituzione dell'appellato o la rinnovazione *ex* art. 291 c.p.c. (**Sez. 6-L, n. 12691/2019, Rivero, Rv. 654014-01**).

Per quel che riguarda l'appello incidentale, mentre quello proposto nei termini per impugnare prescritti dagli artt. 325, 326 e 327 c.p.c. conserva efficacia indipendentemente dall'ammissibilità dell'impugnazione principale, quello che sia stato proposto oltre lo spirare dei suddetti termini, in quanto tardivo, deriva la propria efficacia dall'appello principale, cosicché deve considerarsi inefficace nell'ipotesi in cui quest'ultimo venga dichiarato inammissibile. Applicando analogicamente la regola dell'art. 334, comma 2, c.p.c. (nonché gli artt. 343 e 371 c.p.c.) nel "rito Fornero", **Sez. L, n. 13532/2019, Pagetta, Rv. 653961-02**, ha ritenuto che dall'inammissibilità della opposizione intempestiva al provvedimento conclusivo della fase sommaria *ex* art. 1, comma 47, l. n. 92 del 2012 derivi l'inammissibilità anche della domanda riconvenzionale proposta dalla parte convenuta nel giudizio di opposizione tardivamente instaurato.

La parte che ai sensi degli artt. 333 e 343 c.p.c. avrebbe potuto proporre soltanto l'impugnazione incidentale e, ciononostante, abbia introdotto l'appello in forma autonoma può conseguire la sanatoria in impugnazione incidentale, purché l'atto introduttivo rispetti i requisiti temporali prescritti per questa dal codice di rito, senza che assuma rilievo, al fine di evitare la decadenza conseguente all'inosservanza di detto termine, il rispetto del termine "esterno" di cui agli artt. 325 o 327 c.p.c. (**Sez. 6-3, n. 26811/2019, Rubino, Rv. 655424-01**).

È ammissibile l'appello incidentale tardivo proposto dalla parte che in precedenza abbia introdotto un'impugnazione principale con notificazione inesistente; infatti, quando il procedimento notificatorio dell'atto introduttivo del gravame non si è perfezionato (a causa del trasferimento del destinatario), non si determina la consumazione del diritto di impugnare e la stessa parte, ricevuta la notificazione dell'impugnazione avversaria, è ammessa a ripetere le stesse censure già precedentemente formulate nel proprio originario atto (**Sez. 3, n. 25403/2019, Frasca, Rv. 655271-01**).

L'impugnazione incidentale può essere subordinata, per volontà del suo proponente, all'accoglimento del gravame principale: infatti, per effetto del principio dispositivo, le parti hanno la facoltà di disporre dell'ordine logico delle questioni poste (salvo quelle rilevabili d'ufficio), e, quindi, possono condizionare l'appello incidentale all'accoglimento di quello principale concernente il merito della causa, ancorché, con l'impugnazione incidentale, ripropongano una questione di carattere pregiudiziale o preliminare, di rito o di merito (**Sez. 2, n. 05134/2019, Tedesco, Rv. 652759-01**).

La questione relativa alla tempestività (o meno) dell'appello incidentale, se non prospettata nel giudizio di secondo grado, può essere dedotta con il ricorso per cassazione o anche rilevata d'ufficio per la prima volta in sede di legittimità, come autorevolmente statuito da **Sez. U, n. 16979/2019, Carrato, Rv. 654370-01**.

Dalla pronuncia da ultimo menzionata (**Sez. U, n. 16979/2019, Carrato, Rv. 654370-02**) si ricava altresì il principio secondo cui la proposizione dell'appello incidentale davanti al Tribunale Superiore delle acque pubbliche soggiace alle regole dell'art. 343 c.p.c. riguardanti l'individuazione dei modi e tempi di costituzione (e le conseguenti decadenze derivanti dalla loro inosservanza), poiché alle norme del codice di rito fa rinvio l'art. 208 del r.d. n. 1775 del 1933.

Lo stesso rinvio *ex art.* 208 del Testo unico sulle acque comporta l'applicazione delle norme codicistiche riguardanti il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio di appello; afferma **Sez. U, n. 15745/2019, Tria, Rv. 654212-01**, che si tratta di rinvio di natura non recettizia, bensì formale, e quindi dinamicamente riferito, a seguito dell'abrogazione del codice dell'epoca, alle corrispondenti norme del codice vigente che regolano il giudizio di gravame, ivi comprese le prescrizioni dettate dall'art. 342 c.p.c. nel testo formulato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modificazioni dalla l. n. 134 del 2012.

Gli istituti e le regole del processo ordinario di cognizione in appello trovano applicazione anche nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale (**Sez. 1, n. 13927/2019, Nazzicone, Rv. 654167-01**, ritiene, perciò, del tutto infondata la tesi secondo cui il giudizio di impugnazione del lodo, una volta che sia stato promosso, deve comunque proseguire, anche per effetto di impulso ufficioso, salva solo la rinuncia del ricorrente).

Le modifiche della legge fallimentare – e, in particolare, dell'art. 18 (mutato dal d.lgs. n. 169 del 2007), laddove il mezzo di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento è stato ridenominato come “*reclamo*” in luogo del precedente “*appello*” – escludono, invece, l'applicazione a questa impugnazione delle norme codicistiche in tema di appello e, segnatamente, dei limiti previsti dagli artt. 342 e 345 c.p.c., sicché il debitore, anche se non costituito innanzi al tribunale, può indicare anche per la prima volta in sede di reclamo i mezzi di prova di cui intende avvalersi (**Sez. 6-1, n. 04893/2019, Nazzicone, Rv. 653133-01**, riguardante la dimostrazione, solo in sede di gravame, della sussistenza dei limiti dimensionali di cui all'art. 1, comma 2, l.fall.).

Le norme del codice di rito sull'atto di appello (in particolare, l'art. 342 c.p.c.) non trovano applicazione nemmeno nei ricorsi contro i provvedimenti disciplinari adottati dagli Ordini professionali, in ragione della natura amministrativa e non giurisdizionale che connota la fase del procedimento di competenza dei locali Consigli dell'ordine (**Sez. 2, n. 02268/2019, Bellini, Rv. 652426-01**).

In base all'art. 341 c.p.c. il giudice deputato alla decisione dell'appello è il tribunale (rispetto alle sentenze del giudice di pace) oppure la corte d'appello (rispetto alle decisioni assunte in primo grado dal tribunale).

Riguardo alla composizione collegiale del giudice dell'impugnazione, **Sez. 3, n. 32032/2019, Olivieri, non massimata**, e **Sez. 3, n. 32033/2019, Graziosi, non massimata**, hanno dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 62 ss. d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, nella parte in cui istituiscono i giudici ausiliari d'appello e prevedono l'assegnazione di tali giudici onorari all'esercizio di funzioni giurisdizionali in organi collegiali, per contrasto con gli artt. 106, comma 2, Cost. (*“La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli”*) e 102 Cost.

Costituisce nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice (art. 158 c.p.c.) quella che discende dalla violazione del principio di immodificabilità della composizione del collegio giudicante a partire dal momento in cui ha inizio la discussione della causa; tale principio è applicabile anche al rito del lavoro in grado di appello e, pertanto, qualora dal verbale di udienza e dal dispositivo letto in udienza risultino due diverse composizioni dell'organo collegiale, la sentenza è affetta da nullità insanabile perché si determina un'assoluta incertezza sul permanere della identità di composizione del collegio dall'inizio della discussione della causa alla lettura del dispositivo (**Sez. 3 n. 13963/2019, Iannello, Rv. 654050-01**).

Al contrario, la deliberazione della sentenza d'appello è atto interno del giudice e perciò, quand'anche essa sia intervenuta dopo un notevole lasso di tempo dall'udienza di discussione, dall'inosservanza del termine *ex* art. 352, comma 1, c.p.c. deriva una mera irregolarità e non già una violazione del principio di immediatezza della decisione idoneo a cagionare l'inesistenza o la nullità di un provvedimento giurisdizionale dotato dei suoi requisiti minimi indispensabili (**Sez. 6-1, n. 22563/2019, Nazzicone, Rv. 655414-01**).

Anche in appello la scelta del procedimento decisorio rientra nell'ambito della discrezionalità del giudice di merito, il quale può anche optare, senza limiti e senza obbligo di specifica motivazione, per un procedimento diverso fino a che non ha avuto inizio il sub-procedimento decisionale prescelto; di conseguenza, non si verifica *error in procedendo* se il giudice, dopo aver rinviato ad altra udienza per la discussione orale *ex* art. 281-*sexies* c.p.c. e prima di darvi corso, all'udienza appositamente fissata per tale incombenza decida di abbandonare il procedimento predetto e di seguire quello ordinario (**Sez. 2, n. 22094/2019, Oliva, Rv. 655216-01**).

La motivazione della decisione sull'appello può essere anche concisa, purché non difetti di una pur succinta esposizione delle ragioni di fatto e di diritto del provvedimento fatto oggetto di gravame; quando, invece, non è possibile individuare il percorso argomentativo della pronuncia giudiziale, funzionale alla sua comprensione e alla sua eventuale verifica in sede di impugnazione, la sentenza

d'appello deve considerarsi nulla (in applicazione di tale principio, **Sez. 3, n. 29721/2019, Sestini, Rv. 655799-01**, ha ritenuto gravemente carente – e nulla – la sentenza d'appello la cui motivazione, costituita da una sola pagina, era priva dell'esposizione degli elementi in base ai quali la Corte territoriale aveva affermato che “*l'appello non contesta la sentenza del tribunale nella parte rilevante della decisione*”).

Di contro, non ci si può fondatamente dolere dell’ “*eccesso motivazionale*” – il quale non è causa di nullità del provvedimento giudiziario, dato che non nuoce al soccombente e non impedisce il raggiungimento dello scopo – nemmeno con riguardo all’ordinanza pronunciata ai sensi dell’art. 348-*bis* c.p.c. dal giudice di appello che abbia motivato diffusamente le ragioni per le quali l'appello non aveva ragionevole probabilità di accoglimento (**Sez. 6-3, n. 04870/2019, Rossetti, Rv. 653014-01**).

Per regola generale, il giudice dell'appello deve trattenere la causa e deciderla, anche se sulle questioni dedotte non vi sia stata una pronuncia di merito da parte del giudice di primo grado, essendo eccezionali e tassative le ipotesi di “regressione” al primo grado previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c.

Il predetto principio, invero consolidato, è stato più volte ribadito dalla S.C. anche nel 2019: a proposito della riforma di una pronuncia non definitiva di rigetto dell’ *an* della domanda risarcitoria, **Sez. 1, n. 32403/2019, Federico, Rv. 656042-01**, ha statuito che il giudizio sul *quantum* deve proseguire davanti al giudice dell'appello, pur non essendosi il primo giudice pronunciato sulla liquidazione del danno; in caso di ultrapetizione nella sentenza di primo grado, l'appello deve essere deciso nel merito nei limiti dell’oggetto delineato dalle effettive domande delle parti (**Sez. 2, n. 12570/2019, Besso Marcheis, Rv. 653812-01**); nemmeno la nullità derivante da vizio di costituzione del giudice *ex* art. 158 c.p.c. (nella specie, il presidente dell’organo collegiale che aveva pronunciato la sentenza passata in giudicato, e non il collegio, aveva disposto la revoca dell’ammissione al patrocinio a spese dello Stato) giustifica la rimessione al primo giudice (**Sez. 6-2, n. 01684/2019, Federico, Rv. 652215-01**, ha applicato il principio nel giudizio di opposizione *ex* art. 170 d.P.R. n. 115 del 2002); l’erronea declinatoria di competenza da parte del giudice di pace comporta la nullità della sentenza, ma il tribunale deve, in ragione dell’effetto devolutivo dell’appello, decidere sul merito e non già rimettere le parti avanti al giudice di pace per la rinnovazione del giudizio in primo grado (**Sez. 6-2, n. 33456/2019, Sabato, Rv. 656265 - 01**).

Sia quando il giudice di prime cure abbia omesso di decidere su una domanda sia quando si verta in ipotesi di nullità della sentenza di primo grado per un vizio che non comporti l’obbligo di rimessione *ex* artt. 353 e 354 c.p.c., nel giudizio di appello si cumulano la fase rescindente e quella rescissoria (**Sez. 2, n. 10744/2019, Falaschi, Rv. 653561-02**).

4. L'oggetto dell'impugnazione.

Venendo a trattare, più specificamente, dell'oggetto dell'impugnazione, **Sez. 6-1, n. 00402/2019, Valitutti, Rv. 652572-01** (in linea coi precedenti di Sez. 3, n. 20799/2018, Vincenti, Rv. 650415-01, e Sez. 2, n. 11299/2018, Bellini, Rv. 648097-02), ha statuito che è ammissibile l'impugnazione con cui l'appellante deduca esclusivamente vizi di rito avverso una pronuncia che abbia deciso in senso a lui sfavorevole anche nel merito, solo qualora detti vizi comportino, se fondati, la rimessione al primo giudice ai sensi degli artt. 353 e 354 c.p.c.; in caso contrario, è necessario che l'appellante deduca ritualmente anche le questioni di merito, sicché, in tali ipotesi, l'appello proposto esclusivamente in rito è inammissibile, oltre che per un difetto di interesse, anche per non rispondenza al modello legale di impugnazione.

Nell'ipotesi particolare in cui, con l'appello, venga dedotto il vizio della sentenza di primo grado, consistente nell'avere il giudice deciso la causa nel merito prima ancora che le parti avessero definito il *thema decidendum* e il *thema probandum*, l'appellante deve specificare, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione, quale sarebbe stato il *thema decidendum* sul quale il giudice di prime cure si sarebbe dovuto pronunciare, ove fosse stata consentita la richiesta appendice di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c., e quali prove sarebbero state dedotte, con l'evidenziazione del concreto pregiudizio derivato dalla loro mancata ammissione (**Sez. 2, n. 21953/2019, Bellini, Rv. 654917-01**; così, in precedenza, anche Sez. 2, n. 24402/2018, Carrato, Rv. 650652-01).

5. L'effetto devolutivo e l'onere di riproposizione *ex art. 346 c.p.c.*

Le parti del processo di impugnazione – che costituisce pur sempre una *revisio prioris instantiae* – nel rispetto dell'autoresponsabilità e dell'affidamento processuale sono tenute, per sottrarsi alla presunzione di rinuncia, a riproporre ai sensi dell'art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni non accolte in primo grado in quanto rimaste assorbite (Sez. U, n. 07700/2016, Frasca, Rv. 639281-01), a meno che si tratti di domande o di eccezioni esaminate e rigettate, anche implicitamente, dal primo giudice, per le quali è necessario proporre appello incidentale *ex art. 343 c.p.c.* (Sez. U, n. 11799/2017, Frasca, Rv. 644305-01).

A completamento dell'orientamento giurisprudenziale, **Sez. U, n. 07940/2019, Falaschi, Rv. 653280-01**, chiarisce che la barriera preclusiva per la riproposizione *ex art. 346 c.p.c.* delle domande e delle eccezioni non accolte in primo grado (perché assorbite) deve individuarsi nel primo atto difensivo e comunque entro la prima udienza d'appello, trattandosi di fatti già rientranti nel *thema probandum* e nel *thema decidendum* della controversia.

Non richiede una espressa formulazione nell'atto di appello – né una esplicita riproposizione – la questione (da ritenersi tacitamente proposta) che costituisca antecedente logico e giuridico di quelle espressamente dedotte (**Sez. 3, n. 13964/2019, Iannello, Rv. 654088-01**).

L'esigenza di reiterare in appello, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., l'eccezione di prescrizione non accolta sorge – secondo **Sez. L, n. 20726/2019, Boghetich, Rv. 654794-01** – anche a fronte di una domanda di condanna in forma generica.

Si deve però escludere che il giudice d'appello sia vincolato alla prospettazione delle parti nel giudizio di impugnazione con riguardo alla qualificazione giuridica del rapporto dedotto in causa, posto che gli unici limiti che il giudicante incontra sono costituiti dal divieto di introdurre nel tema controverso nuovi elementi di fatto e dai confini tracciati da *petitum* e *causa petendi* (**Sez. 3, n. 12875/2019, Olivieri, Rv. 653896-01**, precisa, però, che, il principio trova applicazione quando la qualificazione giuridica costituisca la necessaria premessa logico-giuridica delle questioni sollevate dalle parti, essendo altrimenti precluso il riesame di una qualificazione che non sia stata oggetto di esplicito motivo di gravame).

Incontra il solo limite del giudicato (fermo restando, comunque, l'obbligo di instaurare il contraddittorio prima di statuire), invece, il giudice che, rispetto ad una domanda di nullità contrattuale, rilevi d'ufficio l'esistenza di una causa di nullità diversa da quella prospettata, purché questa sia desumibile dai fatti dedotti in giudizio ed abbia carattere assorbente; si tratta, difatti, di un rilievo doveroso anche in grado di appello, perché attinente ai fatti costitutivi della pretesa azionata ed integrante un'eccezione in senso lato rilevabile *ex officio* ai sensi dell'art. 345 c.p.c. (**Sez. 2, n. 26495/2019, Giannaccari, Rv. 655652-01**).

Proprio il giudicato interno impedisce di riconoscere in appello al coniuge superstite il diritto di abitazione ed uso *ex art.* 540, comma 2, c.c., pur non necessitando la sua concreta attribuzione, nell'ambito della controversia avente ad oggetto lo scioglimento della comunione ereditaria, di una espressa richiesta in tal senso (**Sez. 2, n. 08400/2019, Scarpa, Rv. 653296-01**).

È consequenziale all'accoglimento, anche solo parziale, dell'appello, il potere del giudice d'appello di procedere d'ufficio (e, dunque, senza che la questione sia posta dalle parti con l'impugnazione) ad un nuovo regolamento delle spese processuali; tuttavia, l'accoglimento del gravame della parte in cui favore sia stata pronunciata la condanna alla rifusione delle spese di lite non giustifica, in difetto di una necessaria impugnazione sul punto, la caducazione di tale condanna (**Sez. 3, n. 27606/2019, Dell'Utri, Rv. 655640-01**).

Anche l'esigenza dell'appello incidentale o, al contrario, della mera riproposizione della domanda di garanzia nei confronti del terzo dipende dall'esito della lite in primo grado: in caso di appello dell'originario attore (già vittorioso

sull'*an*) volto ad ottenere il riconoscimento di una somma maggiore, il convenuto – soccombente rispetto alla domanda risarcitoria, ma vittorioso quanto alla richiesta di manleva del terzo chiamato in causa – è sufficiente avanzare in sede di impugnazione istanza di estensione della garanzia per l'evenienza che la sentenza riguardi un importo maggiore di quello riconosciuto dal tribunale; se, invece, la domanda risarcitoria originaria sia stata respinta in prime cure, l'appellato che intenda essere garantito per il caso di accoglimento del gravame principale proposto dall'attore soccombente deve proporre appello incidentale condizionato (**Sez. 2, n. 23948/2019, Scarpa, Rv. 655358-03**).

È consolidato il principio secondo cui le richieste istruttorie non accolte debbono essere riformulate dalla parte interessata al momento della precisazione delle conclusioni; infatti, la reiterazione costituisce presupposto indefettibile per la loro riproposizione in appello (dovendosi altrimenti intendere rinunciate) e non può essere ovviato richiamando l'art. 345, comma 3, c.p.c. (nel testo previgente alle modifiche apportate dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012), il quale consente al giudice d'appello di ammettere nuove prove indispensabili e non mezzi istruttori dichiarati inammissibili o tacitamente rinunciati (**Sez. 2, n. 15029/2019, Abete, Rv. 654190-01**). Peraltro, l'interpretazione degli artt. 189, 345 e 346 c.p.c., secondo cui l'istanza istruttoria non respinta nel corso del giudizio e non riproposta in sede di precisazione delle conclusioni deve reputarsi tacitamente rinunciata, non contrasta né con gli artt. 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, né con gli artt. 2 e 6 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, né con gli artt. 24 e 111 Cost. (**Sez. 6-3, n. 03229/2019, Scarano, Rv. 653001-01**).

È particolare la disciplina nel rito del lavoro, in quanto l'appellante che impugni *in toto* la sentenza di primo grado, ribadendo l'istanza di accoglimento delle domande già avanzate, non ha l'onere di reiterare le istanze istruttorie pertinenti a dette domande; in tal caso la riproposizione dei mezzi di prova è implicita e insita nel gravame avanzato; al contrario, la parte appellata risultata vittoriosa in primo grado deve manifestare in maniera univoca la volontà di devolvere al giudice dell'impugnazione anche il riesame delle proprie richieste istruttorie – da richiamare specificamente con le precedenti difese – sulle quali il giudice di prime cure non si sia pronunciato (**Sez. L, n. 11703/2019, Ponterio, Rv. 653829-01**).

6. Le parti e il contraddittorio.

Già si è detto che il giudice dell'appello deve trattenere la causa e deciderla, anche se sulle questioni dedotte non vi sia stata una pronunzia di merito da parte del giudice di primo grado, essendo eccezionali e tassative le ipotesi di "regressione"

al primo grado previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., i quali riguardano, rispettivamente, la riforma della sentenza con cui il giudice ordinario di prime cure abbia declinato la propria giurisdizione e le specifiche fattispecie di nullità della notificazione della citazione introduttiva, di non integrità del contraddittorio in primo grado, di nullità della sentenza priva della sottoscrizione del primo giudice o di erronea sentenza di estinzione del processo.

Fa concreta applicazione dell'art. 354 c.p.c. **Sez. 2, n. 23564/2019, Abete, Rv. 655354-01**, rilevando che l'azione diretta alla demolizione di un bene comune a più persone deve essere necessariamente proposta nei confronti di tutte (litisconsorzio necessario) e che, conseguentemente, la mancata integrità del contraddittorio di tutti gli interessati in primo grado determina, in appello, la rimessione della causa al primo giudice.

Identica conseguenza discende dalla mancata partecipazione di tutti i condividenti (litisconsorti necessari) al giudizio di divisione *mortis causa ex* art. 784 c.c., la cui qualità di permane in ogni stato e grado del processo, indipendentemente dall'attività e dal comportamento processuale di ciascuna parte (nella specie, **Sez. 2, n. 21510/2019, Carrato, Rv. 655232-01**, ha rimesso gli atti al giudice di primo grado perché in quel giudizio, come nel successivo gravame, era mancata la partecipazione di due condividenti, illegittimamente estromessi in prime cure a seguito di rinuncia agli atti del giudizio ad opera dell'attore, seguita dall'accettazione degli interessati).

Particolare è la fattispecie esaminata da **Sez. 1, n. 12020/2019, Falabella, Rv. 653910-01**, riguardante un procedimento teso all'accertamento dello stato di adottabilità. Dopo aver premesso che questo deve svolgersi, fin dalla sua apertura, con l'assistenza legale del minore (che ne è parte e sta in giudizio a mezzo di un rappresentante legale ovvero di un curatore speciale, ai quali spetta la nomina del difensore tecnico), la S.C. rileva che la nullità del procedimento e della decisione – derivante dall'impossibilità per il minore, al quale sia mancata l'assistenza del difensore, di esercitare il suo diritto al contraddittorio – non comporta comunque il rinvio del giudizio in primo grado, trattandosi di rimessione preclusa dalla natura tassativa delle ipotesi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c.

Riguardo alla diversa ipotesi di estinzione del processo, **Sez. 6-1, n. 23997/2019, Di Marzio, Rv. 655420-01**, opera una distinzione: se – nel corso del processo – il giudice monocratico dichiara che il processo si è estinto, il relativo provvedimento, anche se emesso in forma di ordinanza, ha natura di sentenza e non è soggetto al reclamo *ex* art. 308, comma 1, c.p.c., bensì impugnabile con appello (ravvisandosi l'ipotesi di cui all'art. 308, comma 2, c.p.c.) con la conseguenza che l'erroneità della pronuncia di estinzione implica la rimessione al primo grado ai sensi dell'art. 354, comma 2, c.p.c.; se, invece, l'estinzione è stata deliberata dal giudice monocratico solo dopo il trattenimento della causa in decisione, al giudice d'appello

che non la ritenga sussistente è preclusa la rimessione al giudice di primo grado della controversia (dato che non si versa nell'ipotesi contemplata dall'art. 308, comma 2, c.p.c., richiamato dall'art. 354, comma 2, c.p.c.) ma la stessa deve essere trattenuta e decisa nel merito.

7. I *nova* in appello.

Ai sensi dell'art. 345, comma 1, c.p.c., “*nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono essere dichiarate inammissibili d'ufficio*”.

È, però, consentita la modifica – che non ha caratteristiche di *novum* – dell'originaria domanda di condanna solidale dei convenuti in una domanda che, in base al medesimo titolo, miri a una condanna *pro quota*, trattandosi di delimitazione sul piano quantitativo del *petitum*, nel complesso immutato, nei confronti dei singoli condebitori (**Sez. 1, n. 24597/2019, Falabella, Rv. 655649-01**).

Anche in primo grado la novità della domanda formulata è rilevabile d'ufficio da parte del giudice, trattandosi di una questione sottratta alla disponibilità delle parti; perciò – sottolinea **Sez. 1, n. 24040/2019, Mercolino, Rv. 655306-01** – l'inammissibilità della domanda nuova può essere fatta valere anche in sede di gravame, non essendo la relativa eccezione annoverabile tra quelle “in senso stretto” di cui l'art. 345 c.p.c. esclude la proponibilità in appello.

Sono infatti precluse alle parti le eccezioni in senso proprio e non quelle “in senso lato”, che si sostanziano in una semplice difesa volta a contestare il fondamento della domanda avversaria; queste ultime sono soggette a rilievo d'ufficio anche in appello, purché i fatti risultino documentati *ex actis* (**Sez. 6-L, n. 25434/2019, Spena, Rv. 655426-01**);

È dunque ammissibile in appello l'eccezione di inoperatività della polizza di assicurazione della responsabilità civile volta a sostenere l'estraneità dell'evento ai rischi contemplati dal contratto (**Sez. 3, n. 18742/2019, Di Florio, Rv. 654453-01**); per le stesse ragioni, si deve ammettere il convenuto in un'azione negatoria di servitù di passaggio ad eccepire, anche per la prima volta in appello, il proprio diritto di passare sul fondo dell'attore per avere usucapito la servitù o per l'esistenza di una servitù di uso pubblico ovvero, ancora, in ragione della demanialità dell'area (**Sez. 2, n. 15931/2019, Tedesco, Rv. 654085-02**).

Quest'ultima decisione precisa, però, che l'ammissibilità riguarda soltanto l'eccezione, tesa ad una semplice pronuncia incidentale per paralizzare la pretesa attrice, e non già la proposizione di una domanda in via principale volta ad una decisione con valore di giudicato. Spiega, infatti, **Sez. 2, n. 26880/2019, Oliva, Rv. 655664-01**, che – mentre l'eccezione riconvenzionale, pur ampliando il tema della controversia, rimane nell'ambito della difesa e del *petitum* tendendo a paralizzare la

pretesa avversaria – la domanda riconvenzionale è invece diretta ad ottenere l'accertamento di un diritto con autonomo provvedimento avente forza di giudicato e quest'ultima non può essere proposta in appello se in primo grado la relativa questione era stata sollevata con eccezione riconvenzionale. Per le stesse ragioni **Sez. 3, n. 20322/2019, Iannello, Rv. 654927-02**, ha ritenuto inammissibile, perché nuova, l'azione di risoluzione per inadempimento introdotta in appello dal convenuto che in primo grado aveva soltanto sollevato l'eccezione d'inadempimento.

La questione relativa alla novità di una domanda giudiziale è correlata all'individuazione del bene della vita in relazione al quale la tutela è richiesta, per cui non può esservi mutamento della domanda ove si sia in presenza di un ipotetico concorso di norme, anche solo convenzionali, a presidio dell'unico diritto azionato, presupponendo il cambiamento della domanda la mutazione del corrispondente diritto, non già della sua qualificazione giuridica.

È questo il caso della proprietà e degli altri diritti reali di godimento, i quali appartengono alla categoria dei cd. diritti "autodeterminati" (individuati, cioè, sulla base della sola indicazione del relativo contenuto, rappresentato dal bene che ne forma l'oggetto): le inerenti azioni giudiziarie trovano la loro *causa petendi* nei diritti stessi e non nel titolo dedotto (contratto, successione ereditaria, usucapione, ecc.) che ne costituisce la fonte. Pertanto, in relazione a tali diritti, non si verifica violazione del divieto *ex art. 345, comma 1, c.p.c.* quando l'attore deduce in appello un fatto costitutivo del tutto diverso da quello prospettato in primo grado a sostegno della domanda introduttiva del giudizio (**Sez. 2, n. 23565/2019, Abete, Rv. 655355-01**, riguardante una *actio confessoria servitutis*, in cui era stata dedotta, in primo grado, l'esistenza di una servitù volontaria e, in grado di appello, una servitù per destinazione del padre di famiglia; in termini pressoché identici si è espressa anche **Sez. 2, n. 21641/2019, Dongiacomo, Rv. 654906-02**, in una fattispecie in cui la parte aveva chiesto, in citazione, l'accertamento della proprietà esclusiva di un fondo per averla personalmente usucapita e, successivamente, in comparsa conclusionale, per averla usucapita un terzo, di cui esso attore era divenuto erede *pro quota*).

Qualora, però, venga mutato in appello il *petitum* – inteso come un diverso bene giuridico – si incorre nel divieto *ex art. 345 c.p.c.*: è questo il caso esaminato da **Sez. 2, n. 21649/2019, Giusti, Rv. 654907-01**, che ha ritenuto nuova la domanda, proposta per la prima volta in appello, di regolamento dei confini rispetto a quella di rivendica e di rilascio del bene, in tesi abusivamente posseduto dal convenuto.

Sempre in tema di diritti reali, **Sez. 2, n. 30251/2019, Picaroni, Rv. 656205 - 01**, ha statuito che la domanda di usucapione speciale per la piccola proprietà rurale (art. 1159-*bis* c.c.) non può ritenersi immanente in ogni domanda di usucapione

ordinaria e che la sua proposizione per la prima volta in appello può reputarsi ammissibile solo se le specifiche condizioni costitutive del diritto (la classificazione rurale del fondo, l'annessione di un fabbricato, l'insistenza in un territorio classificato montano ovvero un'attribuzione reddituale non superiore a determinati limiti stabiliti dalla legge) siano state oggetto di puntuali allegazioni e prove già introdotte, ritualmente, in causa, dovendosene altrimenti ritenere la tardività.

La domanda di restituzione delle somme corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado non può considerarsi “nuova” perché è consequenziale alla richiesta di modifica della decisione impugnata e il relativo diritto sorge, ai sensi dell'art. 336 c.p.c., per il solo fatto della riforma della sentenza; qualora il giudice d'appello ometta di provvedere sulla stessa, la parte può alternativamente denunciare l'omissione con ricorso per cassazione o farla valere riproponendola in autonomo giudizio (anche con procedimento monitorio), posto che la mancata pronuncia dà luogo ad un giudicato solo processuale e non sostanziale (**Sez. 6-3, n. 30495/2019, Scoditti, Rv. 656164 - 01; Sez. 6-2, n. 30389/2019, Criscuolo, Rv. 656254 - 01; Sez. L, n. 14253/2019, Lorito, Rv. 653973-01**).

La casistica giurisprudenziale sull'art. 345, comma 1, c.p.c. è variegata.

Con specifico riguardo al processo del lavoro, **Sez. L, n. 27388/2019, Balestrieri, Rv. 655521-01** ha considerato eccezione in senso stretto, come tale non proponibile per la prima volta in appello, l'introduzione del nuovo tema d'indagine relativo all'esclusione (*ex* art. 61, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003) delle professioni intellettuali dal campo di applicazione delle norme sul lavoro a progetto.

Nello stesso ambito, si è ritenuto che costituisca modifica della domanda originaria, come tale soggetta alle preclusioni ed al regime dell'art. 420, comma 1, c.p.c., la richiesta in appello di applicazione di un contratto collettivo diverso da quello originariamente individuato (**Sez. 6-L, n. 22843/2019, Spena, Rv. 654863-01**).

Invece, secondo **Sez. L, n. 25169/2019, Bellè, Rv. 655318-01**, non costituisce domanda nuova e può essere prospettata per la prima volta in grado di appello (o anche posta d'ufficio a fondamento della decisione) la richiesta di condanna del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2126 c.c., al pagamento delle retribuzioni dovute per lo svolgimento di fatto di prestazioni di lavoro subordinato, qualora l'originaria pretesa di riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con tale datore di lavoro venga esclusa per ragioni di nullità o per divieti imposti da norme imperative.

Costituisce inammissibile mutamento in appello della *causa petendi* l'individuazione, quale fonte del credito posto a base della domanda, di un contratto d'opera quando in primo grado si era prospettata la conclusione di un appalto (**Sez. 2, n. 20870/2019, Bellini, Rv. 655183-02**).

Costituisce domanda nuova, vietata, in appello anche la richiesta di rimborso delle spese di assistenza legale stragiudiziale, la quale non può reputarsi compresa in una generica domanda di risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali (**Sez. 3, n. 30732/2019, Cricenti, Rv. 655973-01**).

7.1. (Segue) Nuovi documenti in appello.

Con riguardo ai mezzi istruttori, l'art. 345 c.p.c., nella sua attuale formulazione, stabilisce che in appello *“non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”* (il testo introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, ha sostituito la previgente dizione *“non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio non li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”*).

Le condizioni per la produzione di nuovi documenti in appello fissate dall'art. 345, comma 3, c.p.c. (nella formulazione anteriore alla modifica disposta dal citato d.l. n. 83 del 2012), sono individuate da **Sez. 2, n. 12574/2019, Dongiacomo, Rv. 654179-01**: la parte è tenuta a dimostrare di non avere potuto produrre i documenti in precedenza per causa a sé non imputabile ovvero che gli stessi – anche a prescindere dalla negligenza della parte – sono indispensabili per la decisione; inoltre, tali documenti devono essere depositati, a pena di decadenza, con una specifica indicazione nell'atto introduttivo del secondo grado di giudizio (salvo che la loro formazione sia successiva e la loro produzione si renda necessaria in ragione dello sviluppo assunto dal processo); in ogni caso, la rimessione in decisione della causa preclude la produzione, che non può essere effettuata con la comparsa conclusionale.

I nuovi documenti – e, più in generale, i nuovi mezzi istruttori – sono quelli non prodotti in primo grado, dato che l'art. 345, comma 3, c.p.c. (nel testo previgente alle modifiche apportate dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012) consente al giudice del gravame di ammettere i nuovi mezzi di prova ritenuti indispensabili e non le prove dichiarate inammissibili o tacitamente rinunciate nel precedente grado di giudizio (**Sez. 2, n. 15029/2019, Abete, Rv. 654190-01**).

Nel rito del lavoro, il giudizio di indispensabilità della produzione documentale in appello deve essere compiuto vagliando la rilevanza delle nuove prove ai fini della decisione e, cioè, la loro potenziale efficacia probatoria in rapporto al *thema probandum* (**Sez. 6-L, n. 07883/2019, Esposito, Rv. 653249-01**).

Si deve escludere l'ammissibilità di documenti nuovi in appello quando la mancata produzione in primo grado sia dipesa da una scelta volontaria della parte (**Sez. 2, n. 21956/2019, Oliva, Rv. 654918-01**, ha confermato l'inammissibilità della produzione, in sede di gravame, di un documento che non era stato depositato agli atti del processo di primo grado, nonostante l'invito in tal senso rivolto dal giudice alla parte in prime cure).

Riguardo alla ammissibilità e rilevanza della prova in appello, **Sez. 1, n. 02461/2019, De Chiara, Rv. 652420-01**, ha statuito che la mera produzione di un documento non comporta automaticamente il dovere del giudice di esaminarlo, poiché la parte è onerata di illustrarne il contenuto e il significato e, dunque, di spiegare la sua influenza sulle censure mosse alla sentenza impugnata.

Non si rinviene, invece, alcun limite alla produzione in appello di nuovi documenti che siano volti a dimostrare la legittimazione processuale (**Sez. 3, n. 17062/2019, Di Florio, Rv. 654404-01**, rileva che la produzione di questi è soggetta a decadenza nel solo caso in cui non venga effettuata entro il termine assegnato dal giudice ai sensi dell'art. 182, comma 2, c.p.c.) oppure a provare la correttezza dell'attività processuale (**Sez. 2, n. 05610/2019, Giannaccari, Rv. 652767-01**, concernente il deposito in appello della cartolina di ritorno della notifica, eseguita *ex art. 140 c.p.c.* alla parte non costituitasi in primo grado e dichiarata contumace, dell'atto introduttivo del giudizio); l'art. 345 c.p.c., difatti, si riferisce soltanto ai documenti relativi o alle prove relative al merito della causa.

CAPITOLO XIV

IL GIUDIZIO DI CASSAZIONE

(DI SALVATORE SAIJA)

SOMMARIO: 1. Il nuovo giudizio di cassazione. Evoluzione applicativa – 2. Il procedimento. a) La notificazione del ricorso (o del controricorso) e il successivo deposito. b) L'onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c. c) L'interesse ad impugnare. d) La legittimazione attiva. e) L'impugnazione incidentale. f) I requisiti di forma e contenuto del ricorso (e del controricorso). g) I vizi denunciabili. h) Ulteriori questioni procedurali. – 4. Il giudizio di rinvio.

1. Il nuovo giudizio di cassazione. Evoluzione applicativa.

Anche nel corso del 2019, la S.C. ha adottato un significativo numero di decisioni concernenti le recenti riforme che hanno interessato il giudizio di legittimità.

E' opportuno rammentare, al riguardo, che – nella medesima ottica deflattiva e di valorizzazione della funzione nomofilattica della Suprema Corte, già perseguita con la modifica all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., apportata dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012, in tema di motivi di ricorso per cassazione, con cui si è significativamente ridotta la proponibilità di impugnazioni inerenti al vizio motivazionale, nonché con la coeva introduzione del c.d. "filtro" in appello – più di recente il procedimento di cassazione è stato oggetto di un intervento normativo, disposto dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni con la l. 25 ottobre 2016, n. 197.

In estrema sintesi, con detto ultimo intervento – che spiega effetti su tutti i ricorsi già proposti alla data della sua entrata in vigore (avvenuta il 30 ottobre 2016), ma per i quali non era stata ancora fissata la pubblica udienza –, premessa la consueta tripartizione dei ricorsi relativamente alla destinazione, ossia a) quelli destinati "ab origine" alle Sezioni Unite, b) i regolamenti di competenza e di giurisdizione e c) ogni altro ricorso (alla Sezione ordinaria), la novella apportata al codice di rito ha introdotto, per questi ultimi, il sistema del "triplo binario", come definito dai primi commentatori. In sostanza, è stata accentuata la cameralizzazione del procedimento (già prevista, com'è noto, dall'art. 375 c.p.c. e regolata dall'art. 380-bis c.p.c.), prevedendosi: aa) una procedura camerale di definizione accelerata (e senza partecipazione delle parti) per i ricorsi destinati alla declaratoria di inammissibilità o improcedibilità, ovvero manifestamente fondati o infondati, da definirsi in sesta sezione civile (c.d. sezione "filtro"); b) una procedura camerale di sezione semplice (anche qui, senza partecipazione delle parti), per i ricorsi di rilevanza non

nomofilattica, ossia quelli in cui vengano in rilievo solo elementi attinenti allo "ius litigatoris"; c) la pubblica udienza per i ricorsi a rilevanza nomofilattica, ove cioè si presentino questioni attinenti allo "ius constitutionis".

Come intuibile, le più recenti decisioni inerenti le riforme del 2012 risentono della stabilizzazione degli orientamenti, avuto riguardo ai più significativi arresti degli anni precedenti.

Così, nel solco di Sez. U, n. 01914/2016, Di Iasi, Rv. 638368-01, la recente **Sez. 2, n. 00001/2019, Sabato, Rv. 652349-01**, ha affermato che il termine per proporre il ricorso per cassazione, previsto dall'art. 348-ter, comma 3, c.p.c., è applicabile pure all'impugnazione autonoma dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello, resa ai sensi dell'art. 348-bis c.p.c. (cui fa riferimento, appunto, la citata pronuncia del 2016), e può decorrere anche dal rilascio, da parte della cancelleria, di una copia formale della medesima ordinanza, dovendosi considerare l'estrazione di una copia autentica del provvedimento una forma di conoscenza equipollente della comunicazione di cancelleria, poiché è assistita dagli stessi requisiti di certezza, vertendosi in un'ipotesi in cui tale conoscenza è ottenuta in via formale all'esito di una attività istituzionale regolata dalla legge, che impone l'individuazione del soggetto richiedente e di quello che ritira la copia, nonché l'annotazione della relativa data di rilascio. Ancora, **Sez. 3, n. 03980/2019, Rossetti, Rv. 652742-01**, valorizzando l'aspetto sostanziale della decisione impugnata, ha affermato che la declaratoria di inammissibilità dell'appello per tardività ex art. 348-bis c.p.c., erroneamente pronunciata dal giudice del gravame con ordinanza, anziché con sentenza, è ricorribile per cassazione, sia perché l'errore sulla tempestività dell'appello è vizio proprio del suddetto provvedimento, sia in quanto l'omessa impugnazione comporterebbe il passaggio in giudicato della relativa statuizione. Sempre in tale ottica, **Sez. 2, n. 20926/2019, Casadonte, Rv. 655186-01**, ha affermato che la decisione che pronunci l'inammissibilità dell'appello per ragioni processuali (nella specie per mancanza di procura del difensore dell'appellante) resa con ordinanza ex art. 348-ter c.p.c. è impugnabile con ricorso ordinario per cassazione, trattandosi, nella sostanza, di una sentenza di carattere processuale che, come tale, non contiene alcun giudizio prognostico negativo circa la fondatezza nel merito del gravame.

Secondo **Sez. 3, n. 04870/2019, Rossetti, Rv. 653014-01**, non costituisce, invece, vizio proprio dell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 348-bis c.p.c., deducibile come motivo di ricorso per cassazione, la circostanza che il giudice di appello abbia motivato diffusamente le ragioni per le quali l'appello non aveva ragionevole probabilità di accoglimento, posto che l'eccesso motivazionale non può essere causa di nullità di un provvedimento giudiziario, e tanto meno dell'ordinanza

ex art. 348-bis c.p.c., sia perché non nuoce al soccombente, sia perché non impedisce il raggiungimento dello scopo.

Ancora sul tema, la recente **Sez. 3, n. 23334/2019, Fieconci, Rv. 655096-01**, ha affermato che l'ordinanza di inammissibilità dell'appello ex art. 348-bis c.p.c. non è impugnabile con ricorso per cassazione quando confermi le statuizioni di primo grado, pur se attraverso un percorso argomentativo "parzialmente diverso" da quello seguito nella pronuncia impugnata, non configurandosi, in tale ipotesi, una decisione fondata su una ratio decidendi autonoma e diversa né sostanziale né processuale.

D'altra parte, tenuto anche conto del generale principio secondo cui il vizio di omessa pronuncia non è configurabile su questioni processuali, Sez. 3, n. 10422/2019, Guizzi, Rv. 653579-01, ha ribadito che qualora il giudice d'appello abbia proceduto alla trattazione nel merito dell'impugnazione, ritenendo di non ravvisare un'ipotesi di inammissibilità ai sensi dell'art. 348-bis c.p.c., la decisione sulla ammissibilità non è ulteriormente sindacabile sia davanti allo stesso giudice dell'appello che al giudice di legittimità nel ricorso per cassazione.

Né, tantomeno, rileva – secondo **Sez. 1, n. 13835/2019, Falabella, Rv. 654258-01** – che il giudice d'appello, nella formulazione del giudizio prognostico di manifesta infondatezza del gravame nel merito, pur condividendo le ragioni della decisione appellata, contenga anche proprie argomentazioni, diverse da quelle prese in considerazione dal giudice di primo grado. In tal caso, il ricorso per cassazione proposto avverso la relativa ordinanza ex artt. 348-bis e 348-ter c.p.c., è da considerare inammissibile, perché tale possibilità è consentita dall'art. 348-ter, comma 4, c.p.c., che permette l'impugnazione della sentenza di primo grado per vizio di motivazione, facoltà esclusa qualora le ragioni delle decisioni di primo e secondo grado siano identiche quanto al giudizio di fatto.

Quanto alla questione della c.d. "doppia conforme in facto", che come è noto, ai sensi dell'art. 348-ter, commi 4 e 5, c.p.c., determina la non proponibilità del ricorso per cassazione limitatamente al motivo di censura di cui al riformulato art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., va segnalata la recente **Sez. 2, n. 29222/2019, Sabato, Rv. 656183 – 01**, secondo cui la preclusione non opera nel caso in cui l'istruzione probatoria sia del tutto mancata, giacché essa presuppone che nei due gradi di merito le "questioni di fatto" siano state decise in base alle "stesse ragioni". Per la peculiare applicazione della preclusione in discorso alle controversie di natura giuslavoristica (e segnatamente, al c.d. rito Fornero), si veda in particolare **Sez. L, n. 06544/2019, Marchese, Rv. 653188-01**.

Infine, sul punto, si segnala **Sez. L, n. 20994/2019, Di Paolantonio, Rv. 654646-01**, che ha ribadito che il ricorrente in cassazione - per evitare l'inammissibilità del motivo di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c. - deve indicare le ragioni di

fatto poste a base, rispettivamente, della decisione di primo grado e della sentenza di rigetto dell'appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse.

Dal punto di vista del regime intertemporale, ossia, avuto riguardo ai giudizi già pendenti alla data di entrata in vigore dell'art. 380-bis.1 c.p.c. (30 ottobre 2016), si è invece acuito il contrasto (già in atto tra Sez. T, n. 21798/2018, Scrima, Rv. 650063-01, da una parte, e Sez. T, n. 24422/2018, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 650526-01 e Sez. 1, n. 27124/2018, Mercolino, Rv. 651448-02, dall'altra) circa il diritto delle parti costituitesi tardivamente (nei giudizi già pendenti) di depositare memorie scritte, nel termine di cui all'art. 380-bis.1 c.p.c.; in particolare, la prima decisione, che propugna l'orientamento estensivo, si fonda sulla necessità di evitare disparità di trattamento rispetto ai processi trattati in pubblica udienza, in attuazione dei principi del giusto processo. In linea con le citate pronunce di tenore restrittivo, si segnala **Sez. 3, n. 10813/2019, Scarano, Rv. 653584-01**, secondo cui alla parte contro cui è diretto il ricorso, che abbia depositato un atto non qualificabile come controricorso, in quanto privo dei requisiti essenziali previsti dagli artt. 370 e 366 c.p.c., nel periodo che va dalla scadenza del termine per il deposito del controricorso alla data fissata per la discussione del ricorso stesso è preclusa qualsiasi attività processuale, sia essa diretta alla costituzione in giudizio o alla produzione di documenti e memorie ai sensi degli artt. 372 e 378 c.p.c. In senso diametralmente opposto, invece, **Sez. 2, n. 12803/2019, Bertuzzi, Rv. 653817-01**, ha affermato che per i ricorsi già depositati alla data del 30 ottobre 2016 e per i quali venga successivamente fissata adunanza camerale, la parte intimata che non abbia provveduto a notificare e a depositare il controricorso nei termini di cui all'art. 370 c.p.c. ma che, in base alla pregressa normativa, avrebbe ancora la possibilità di partecipare alla discussione orale, per sopperire al venir meno di siffatta facoltà può presentare memoria, munita di procura speciale, nei medesimi termini entro i quali può farlo il controricorrente, trovando in tali casi applicazione l'art. 1 del Protocollo di intesa sulla trattazione dei ricorsi presso le Sezioni civili della Corte di cassazione, intervenuto in data 15 dicembre 2016 tra il Consiglio Nazionale Forense, l'Avvocatura generale dello Stato e la Corte di cassazione. Hanno dato continuità a tale ultima pronuncia **Sez. L, n. 28938/2019, Tria, non massimata** sul punto, nonché **Sez. T, n. 29191/2019, Bernazzani** e **Sez. T, n. 34187/2019, Condello, entrambe non massimate**.

Ancora, **Sez. 3, n. 21777/2019, Scarano, Rv. 654930-01**, ha ribadito che le memorie ex art. 380-bis.1 c.p.c., se spedite a mezzo del servizio postale, devono essere dichiarate inammissibili qualora giungano in cancelleria dopo la scadenza del termine, sicchè nulla di quanto in esse proposto può essere preso in considerazione, non essendo applicabile l'art. 134 disp. att. c.p.c., in quanto previsto esclusivamente per il ricorso ed il controricorso (in senso diametralmente opposto, sull'analogia

memoria ex art. 380-bis c.p.c. nel procedimento camerale che si svolge dinanzi alla sesta sezione, si veda la recente **Sez. 6-3, n. 31041/2019, Tatangelo, Rv. 656294 - 01**).

Contrariamente a quanto prima evidenziato riguardo al nuovo giudizio di legittimità, nel corso del 2019 si registrano ben poche pronunce, massimate, concernenti il ricorso per cassazione **«per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti»**, come oggi previsto dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., riformato dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012, evidentemente per essersi sopito il dibattito giurisprudenziale sul punto, nell'arco di poco più di un lustro dall'entrata in vigore della riforma.

Vanno qui segnalate, dunque, soltanto **Sez. 6-1, n. 22397/2019, Pazzi, Rv. 655413-01**, che ha affermato che il novellato art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., introduce nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, da intendersi riferito a un preciso accadimento o una precisa circostanza in senso storico-naturalistico, come tale non ricomprendente questioni o argomentazioni, sicché sono inammissibili le censure che, irritualmente, estendano il paradigma normativo a quest'ultimo profilo; nonché **Sez. 6-L, n. 28887/2019, Leone, Rv. 655596-01**, secondo cui l'omesso esame di elementi istruttori non è di per sé riconducibile al vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie. Ed infine, **Sez. U, n. 34476/2019, Giusti, Rv. 656492-01/02/03**, che ha ribadito l'inammissibilità di una censura con cui il ricorrente, sotto l'apparente deduzione del vizio di violazione e falsa applicazione di legge, di mancanza assoluta di motivazione e di omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio, miri in realtà a richiedere alla Corte una rivalutazione dei fatti storici, senza neppure confrontarsi con la "ratio decidendi" posta alla base della decisione impugnata.

In materia di "filtro" (si rammenta che la sesta sezione civile, cui è demandato il compito di effettuare l'esame preliminare, è stata istituita a seguito della modifica apportata all'art. 376 c.p.c. dall'art. 47 della l. 18 giugno 2009, n. 69), in continuità con il principio affermato da Sez. U, n. 14437/2018, De Stefano, Rv. 649623-01, la recente **Sez. 3, n. 16913/2019, Graziosi, Rv. 654432-01**, ha statuito che l'ordinanza interlocutoria con cui il Collegio della Sezione sesta rimette la causa alla pubblica udienza dall'adunanza camerale ex art. 380-bis, ultimo comma, c.p.c. non dispiega effetti sull'ampiezza della cognizione, il cui oggetto verrà definito e delimitato a seguito della celebrazione della pubblica udienza, ma soltanto sulla modalità della

cognizione, rendendo necessario in concreto, come presupposto del suo esercizio, il contraddittorio orale tra le parti.

Sez. U, n. 03886/2019, Frasca, Rv. 652850-01, ha affermato che l'art. 360-bis c.p.c. non è applicabile al regolamento preventivo di giurisdizione, la cui funzione è quella di provocare una decisione che accerti, in via definitiva ed immediata, se il giudice adito abbia o meno giurisdizione e, comunque, a quale giudice essa appartenga; infatti, da un lato, qualora la soluzione della questione di giurisdizione fosse riconducibile all'ambito dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., in ogni caso occorrerebbe una statuizione in merito ad opera della Corte di cassazione, mentre, dall'altro, l'art. 360-bis, n. 2, c.p.c. risulterebbe comunque sempre applicabile, ma in positivo, risultando l'individuazione della giurisdizione, per definizione, conforme alla logica del giusto processo.

Sempre riguardo al rito camerale, si segnala **Sez. 6-L, n. 01076/2019, Cavallaro, Rv. 652610-01**, secondo cui la produzione di documenti, ex art. 372 c.p.c., effettuata dalla parte che abbia depositato tardivamente il controricorso, al quale i predetti documenti siano stati allegati, è valida ed efficace, a condizione che la parte medesima si avvalga della facoltà di presentare memorie in vista dell'adunanza camerale.

Circa il contenuto della memoria di cui all'art. 380-bis, comma 2, c.p.c., nell'ipotesi di un giudizio attinente a diritto c.d. eterodeterminato (nella specie, risarcimento del danno da mancata attuazione di direttiva comunitaria), **Sez. 3, n. 05503/2019, Rossetti, Rv. 652836-01**, ha statuito che l'introduzione di una questione che non ha formato oggetto del "thema decidendum" dibattuto in appello, per quanto risulti dalla sentenza impugnata, costituisce un inammissibile mutamento delle caratteristiche del fatto posto a fondamento della domanda.

Infine, **Sez. 6-2, n. 07541/2019, Criscuolo, Rv. 653507-01**, ha opportunamente precisato che non ricorre l'obbligo di astensione di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c., in capo al giudice relatore autore della proposta di cui al primo comma dell'art. 380-bis c.p.c., in quanto detta proposta non riveste carattere decisorio, essendo destinata a fungere da prima interlocuzione fra il relatore e il presidente del collegio, senza che risulti in alcun modo menomata la possibilità per il collegio stesso, all'esito del contraddittorio scritto con le parti e della discussione in camera di consiglio, di confermarla o modificarla.

2. Il procedimento.

Di seguito, si segnalano le più rilevanti pronunce su questioni procedurali, raggruppate per argomento.

a) La notificazione del ricorso (o del controricorso) e il successivo deposito. Sul piano generale, va anzitutto segnalata **Sez. T, n. 08641/2019, D'Orazio, Rv. 653531-01**, che ha ribadito che, in caso di notifica a mezzo del servizio postale, ai fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione la prova dell'avvenuto perfezionamento della notificazione deve essere data tramite la produzione dell'avviso di ricevimento entro l'udienza di discussione, che non può essere rinviata per consentire all'impugnante di effettuare tale deposito, in contraddizione con il principio di ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111 Cost., ferma la possibilità per il ricorrente di chiedere ed ottenere la rimessione in termini, offrendo la prova documentale di essersi tempestivamente attivato nel richiedere, a norma dell'art. 6, comma 1, della l. n. 890 del 1982, un duplicato dell'avviso stesso.

Sempre ai fini della verifica della tempestività dell'impugnazione proposta a mezzo del servizio postale (nella specie relativa a ricorso per cassazione dell'Agenzia delle Entrate e Agenzia delle Entrate-Riscossione) avverso sentenza della commissione tributaria regionale, **Sez. 6-T, n. 29794/2019, Dell'Orfano, Rv. 606068-01**, ha precisato che la prova della tempestività esige che, nel termine previsto, vi sia stata la presentazione dell'atto all'ufficio postale; a tal fine è da ritenersi idonea a fornire siffatta prova la data di consegna dell'elenco dei pieghi raccomandati all'agenzia postale, ove detta data sia attestata da timbro di Poste Italiane, e quindi risulti da attestazione di soggetto terzo.

Sez. 6-3, n. 14742/2019, Scrima, Rv. 654054-01, ha confermato che la mancata o non tempestiva rinnovazione della notificazione del ricorso per cassazione, disposta a norma dell'art. 291 c.p.c. per un vizio implicante la nullità della stessa, determina l'inammissibilità del medesimo ricorso, salvo che, prima che questa sia dichiarata, il ricorrente provveda ad altra valida notifica, restando in ogni caso esclusa la possibilità di assegnazione di un ulteriore termine per il medesimo adempimento, stante la perentorietà di quello già concesso.

Assai peculiare è **Sez. 6-3, n. 03256/2019, Dell'Utri, Rv. 653002-01**, secondo cui ove il ricorso per cassazione sia stato proposto da una parte e non sia stato notificato al P.M. presso il giudice "a quo", nel procedimento in camera di consiglio ex art. 380-bis c.p.c. relativo ad una controversia (nella specie, avente ad oggetto querela di falso) in cui il P.M. non sia titolare del potere di impugnazione, ma sia chiamato ad intervenire ai sensi dell'art. 70, comma 1, n. 5, c.p.c. (come modificato dal d.l. n. 69 del 2013), è necessario dare comunicazione al Procuratore generale presso la S.C. del decreto di fissazione dell'adunanza e della proposta del relatore.

Per il caso in cui la parte intimata sia una procedura fallimentare, **Sez. 1, n. 04514/2019, Mercolino, Rv. 652729-01**, ha statuito che sussiste la legittimazione processuale del curatore fallimentare se, al momento della notifica del ricorso per

cassazione, il decreto di chiusura del fallimento non sia ancora definitivo; così come nell'ipotesi in cui la legittimazione del curatore venga meno nella pendenza del giudizio, in quanto in esso non trovano applicazione gli artt. 299 e 300 c.p.c., né trova applicazione il principio generale secondo cui la chiusura del fallimento fa cessare la legittimazione processuale del curatore, con il conseguente subingresso del fallito, tornato "in bonis", nei procedimenti pendenti al momento della chiusura.

Infine, va segnalata **Sez. T, n. 27269/2019, Crucitti, Rv. 655804-01**, secondo cui non è affetta da nullità la notificazione del ricorso per cassazione la cui relata sia stata sottoscritta da un Procuratore dello Stato e non da un Avvocato dello Stato, ancorché il primo sia soggetto non abilitato ad assumere difese in sede di legittimità, perché la notificazione è atto dell'ufficiale giudiziario eseguibile ad istanza del procuratore.

Di particolare interesse sono, ovviamente, i provvedimenti adottati in tema di **notifica** del ricorso per cassazione, o del controricorso, **a mezzo del servizio di posta elettronica certificata (PEC)**.

Così, **Sez. 6-T, n. 29851/2019, Dell'Orfano, Rv. 656097 - 01**, ha affermato che l'esito negativo della notifica del ricorso, quand'anche imputabile al destinatario per non aver reso possibile la ricezione di messaggi sulla propria casella di PEC, non consente di ritenere perfezionata tale notifica, non essendo applicabile - con riguardo alla ricevuta di mancata consegna generata a seguito di notifica telematica effettuata da un avvocato ai sensi della legge 53/1994 - la disciplina prevista nel caso in cui la ricevuta di mancata consegna venga generata a seguito di notifica (o comunicazione) effettuata dalla Cancelleria, disciplinata dall'art. 16 del d.l. n. 179/2012 e succ. mod. Detta normativa - nel prescrivere nei procedimenti civili l'obbligatorietà dell'effettuazione da parte della cancelleria delle comunicazioni e delle notificazioni «esclusivamente» presso l'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici registri, sancendo al comma 6 che «le notificazioni e comunicazioni ai soggetti per i quali la legge prevede l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata, che non hanno provveduto ad istituire o comunicare il predetto indirizzo, sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Le stesse modalità si adottano nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario» - è riferibile, tuttavia, esclusivamente alle comunicazioni/notificazioni della cancelleria e non anche alle notifiche effettuate a mezzo PEC dagli avvocati, il che impone, dunque, di provvedere a rinnovare la notifica dell'atto secondo le regole generali dettate dagli artt. 137 e ss. c.p.c. anche nel caso in cui la notifica effettuata non vada a buon fine per causa imputabile al destinatario, come nel caso di specie, atteso che la notifica si perfeziona unicamente al momento della generazione della ricevuta di avvenuta consegna (RAC).

Ancora, **Sez. 6-3, n. 19434/2019, Iannello, Rv. 654622-01**, ha precisato che deve ritenersi ammissibile il ricorso per cassazione confezionato in formato ".pdf" e sottoscritto con firma digitale e non con sottoscrizione autografa, allorché l'originario ricorso, in formato analogico, e la procura che ad esso accede (quest'ultima sottoscritta in forma autografa), entrambi scansionati e firmati digitalmente, siano stati notificati a mezzo posta elettronica certificata e copia cartacea degli stessi, della relata di notifica, del messaggio di posta elettronica certificata e delle ricevute di accettazione e consegna risultino depositati in cancelleria, unitamente all'attestazione di conformità sottoscritta con firma autografa. Le dette formalità conferiscono difatti al ricorso depositato in cancelleria prova della sua autenticità e provenienza, essendo irrilevante l'assenza di sottoscrizione autografa dell'originario cartaceo e risultando la provenienza dal difensore munito di procura comunque attestata sia dalla procura che ad esso accede sia dalla firma digitale apposta al documento notificato per via telematica.

Quanto alle **attività successive alla notifica del ricorso e del controricorso**, vanno qui segnalate **Sez. 2, n. 22092/2019, Lombardo, Rv. 654920-01**, secondo cui il tardivo deposito dell'originale del ricorso per cassazione (dopo la scadenza del ventesimo giorno dall'ultima notificazione alle parti contro le quali è proposto) comporta l'improcedibilità dello stesso ai sensi dell'art. 369, comma 1, c.p.c., che è rilevabile d'ufficio e non è esclusa dalla circostanza che il controricorrente non abbia formulato apposita eccezione; ove il mancato tempestivo deposito del ricorso sia dovuto a causa non imputabile al ricorrente, questi può tuttavia evitare la declaratoria di improcedibilità chiedendo, non appena l'impedimento sia cessato, la rimessione in termini, ai sensi dell'art. 153, comma 2, c.p.c., e provvedendo a depositare contestualmente l'atto non potuto depositare nei termini. Nonché **Sez. 6-3, n. 31341/2019, Gianniti, non massimata**, che ha ribadito che qualora il ricorso per cassazione non sia depositato, l'ammissibilità del controricorso dell'intimato, presentato al fine di sentire dichiarare l'improcedibilità del ricorso per effetto dell'omissione del deposito, postula che detto intimato allegghi copia del ricorso a lui notificata atteso che, in difetto, non può riconoscersi la sua legittimazione a richiedere una pronuncia su impugnazione di cui non risulta l'effettiva proposizione.

Infine, **Sez. 1, n. 09097/2019, Mercolino, Rv. 653242-01**, ha ribadito che nel giudizio di legittimità, l'art. 371-bis c.p.c., là dove impone, a pena di improcedibilità, che il ricorso notificato sia depositato in cancelleria entro il termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine assegnato, riguarda non solo l'ipotesi in cui la Corte di cassazione abbia disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di un litisconsorte necessario cui il ricorso non sia stato in precedenza notificato, ma va riferito, con interpretazione estensiva, anche all'ipotesi in cui la Corte abbia

disposto, ai sensi dell'art. 291 c.p.c., il rinnovo della notificazione del ricorso. Peraltro, non ricorrendo l'ipotesi del deposito tardivo dell'atto d'integrazione del contraddittorio, ma quella più radicale dell'inottemperanza all'ordine impartito dalla S.C., la pronuncia deve essere di inammissibilità e non già di improcedibilità del ricorso

b) L'onere di deposito della copia conforme della sentenza impugnata a pena di improcedibilità ex art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c. Strettamente connesso al tema del deposito del ricorso in cancelleria è quello del deposito di copia conforme della sentenza, la cui mancanza determina anch'essa l'improcedibilità del ricorso.

Al riguardo, nel corso del 2017, Sez. U, n. 10648/2017, D'Ascola, Rv. 643945-01, a composizione di contrasto, aveva affermato che deve escludersi la possibilità di applicazione della sanzione della improcedibilità al ricorso contro una sentenza notificata di cui il ricorrente non abbia depositato, unitamente al ricorso, la relata di notifica, ove quest'ultima risulti comunque nella disponibilità del giudice perché prodotta dalla parte controricorrente ovvero acquisita mediante l'istanza di trasmissione del fascicolo di ufficio.

Nonostante la detta pronuncia (nella cui continuità può annoverarsi, nel corso del 2019, Sez. T, n. 04370/2019, Pacilli, Rv. 652595-01), il dibattito giurisprudenziale era tuttavia rimasto assai vivo, per il caso di notifica della sentenza con modalità telematica, rendendosi necessario coordinare il principio dettato, in tema di tempestivo deposito del ricorso notificato, da Sez. U, n. 22438/2018, Vincenti, Rv. 650462-01, rispetto a quello enunciato, riguardo al correlativo onere di deposito della sentenza impugnata, da Sez. U, n. 10648/2017, D'Ascola, Rv. 643945-01, entrambe citate in precedenza.

Infatti, con ordinanza interlocutoria Sez. 6-3, n. 28844/2018, Scoditti, non massimata, sono stati rimessi gli atti al Primo Presidente, al fine di valutare l'investitura delle Sezioni Unite, relativamente ai seguenti quesiti: 1. «se in mancanza del deposito della copia autentica della sentenza, da parte del ricorrente o dello stesso controricorrente, nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il deposito in cancelleria nel suddetto termine di copia analogica della sentenza notificata telematicamente, senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, della l. n. 53 del 1994 o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, comporti l'improcedibilità del ricorso anche se il controricorrente non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificato o intervenga l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio»; 2. «se il deposito in cancelleria nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso di copia analogica della relazione di notifica telematica della sentenza,

senza attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, della l. n. 53 del 1994 o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, comporti l'improcedibilità del ricorso anche se il controricorrente non abbia disconosciuto la conformità della copia informale della relazione di notificazione o intervenga l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio»; 3. «se ai fini dell'assolvimento dell'onere di deposito della copia autentica della decisione notificata telematicamente nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, sia sufficiente per il difensore del ricorrente, destinatario della suddetta notifica, estrarre copia cartacea del messaggio di posta elettronica certificata pervenutogli e dei suoi allegati (relazione di notifica e provvedimento impugnato), ed attestare con propria sottoscrizione autografa la conformità agli originali digitali della copia formata su supporto analogico, o sia necessario provvedere anche al deposito di copia autenticata della sentenza estratta direttamente dal fascicolo informatico».

Le Sezioni Unite, investite delle superiori questioni, con articolata decisione hanno ritenuto nella sostanza applicabili anche in ambiente digitale i principi enunciati da Sez. U, n. 22438/2018, cit., statuendo, rispettivamente, come di seguito.

Così, **Sez. U, n. 08312/2019, Tria, Rv. 653597-01 e 02**, ha anzitutto affermato che il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione, di **copia analogica** della decisione impugnata predisposta in **originale telematico, sottoscritta digitalmente e notificata a mezzo PEC** priva di attestazione di conformità del difensore ex art. 9, commi 1 bis e 1 ter, della l. n. 53 del 1994, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non determina l'improcedibilità del ricorso per cassazione laddove il controricorrente (o uno dei controricorrenti), nel costituirsi (anche tardivamente), depositi a sua volta copia analogica della decisione ritualmente autenticata, ovvero non disconosca ex art. 23, comma 2, d. lgs. n. 82 del 2005, la conformità della copia informale all'originale notificatogli; nell'ipotesi in cui, invece, la controparte (o una delle controparti) sia rimasta soltanto intimata, ovvero abbia effettuato il suddetto disconoscimento, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità il ricorrente ha l'onere di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica, entro l'udienza di discussione o l'adunanza in camera di consiglio.

Inoltre, la medesima pronuncia (**Rv. 653597-03**) ha anche affermato che il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione, di **copia analogica** della decisione impugnata **sottoscritta con firma autografa** e inserita nel fascicolo informatico, priva di attestazione di conformità del difensore, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non determina l'improcedibilità del ricorso per cassazione laddove il controricorrente (o uno dei controricorrenti), nel costituirsi (anche tardivamente), depositi a sua volta copia analogica della

decisione ritualmente autenticata, ovvero non disconosca la conformità della copia informale all'originale; nell'ipotesi in cui, invece, la controparte (o una delle controparti) sia rimasta soltanto intimata, ovvero abbia effettuato il suddetto disconoscimento, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità il ricorrente ha l'onere di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica, entro l'udienza di discussione o l'adunanza in camera di consiglio.

Infine, le Sezioni Unite (**Rv. 653597-04**), hanno statuito che, **ai fini della verifica d'ufficio della tempestività** del ricorso per cassazione, il ricorrente è tenuto al **deposito della decisione comunicatagli a mezzo PEC** (nel suo testo integrale) a cura della cancelleria; **ai fini della procedibilità del ricorso**, invece, ove la decisione **non risulti autenticata**, è necessario che il controricorrente (o uno dei controricorrenti), nel costituirsi (anche tardivamente), depositi a sua volta copia analogica della decisione ritualmente autenticata oppure non disconosca ex art. 23, comma 2, d. lgs. n. 82 del 2005, la conformità della copia informale all'originale notificatogli, mentre, nell'ipotesi in cui la controparte (o una delle controparti) sia rimasta soltanto intimata o abbia effettuato il suddetto disconoscimento, è necessario che **il ricorrente depositi l'asseverazione di conformità** all'originale della copia analogica entro l'udienza di discussione o l'adunanza in camera di consiglio.

Tornando al piano generale, vanno infine qui segnalate **Sez. T., n. 06864/2019, Condello, Rv. 653318-01**, che ha ribadito che ai fini dell'osservanza dell'art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c., ove il ricorrente allegghi che la sentenza gli è stata notificata a mezzo posta, o tale circostanza risulti dagli atti, è sufficiente che lo stesso ricorrente depositi, insieme al ricorso, copia autentica della sentenza corredata di documentazione comprovante la spedizione dell'atto, spettando al controricorrente, anche in ossequio al principio di vicinanza della prova, l'onere di contestare il rispetto del termine breve d'impugnazione, mediante il deposito dell'avviso di ricevimento di cui egli ha la materiale disponibilità. Nonché, **Sez. 6-3, n. 11386/2019, Pellicchia, Rv. 653711-01**, che ha confermato che, pur in difetto della produzione di copia autentica della sentenza impugnata e della relata di notificazione della medesima, prescritta dall'art. 369, comma 2, n. 2, c.p.c., il ricorso per cassazione deve egualmente ritenersi procedibile ove risulti, dallo stesso, che la sua notificazione si è perfezionata, dal lato del ricorrente, entro il sessantesimo giorno dalla pubblicazione della sentenza, poiché il collegamento tra la data di pubblicazione della sentenza indicata nel ricorso e quella della notificazione del ricorso, emergente dalla relata di notificazione dello stesso, assicura comunque lo scopo, cui tende la prescrizione normativa, di consentire al giudice dell'impugnazione, sin dal momento del deposito del ricorso, di accertarne la tempestività in relazione al termine di cui all'art. 325, comma 2, c.p.c. Per ultima,

Sez. 6-2, n. 19695/2019, Criscuolo, Rv. 654987-01, che ha affermato che il ricorso per cassazione è improcedibile qualora la parte ricorrente dichiari di avere ricevuto la notificazione della sentenza impugnata, depositando, nei termini indicati dall'art. 369, comma 1, c.p.c., copia autentica della sentenza, priva però della relazione di notificazione (ovvero delle copie cartacee dei messaggi di spedizione e di ricezione, in caso di notificazione a mezzo PEC) e di tale documentazione non abbia effettuato la produzione neppure la parte controricorrente.

c) L'interesse ad impugnare. Sez. 1, n. 15411/2019, Lamorgese, Rv. 654272-01, ha ribadito che la parte che con successo abbia impugnato la sentenza non definitiva, per difetto di giurisdizione del giudice che l'ha emessa, difetta di interesse ad impugnare la successiva sentenza definitiva, attesa la mancanza di un provvedimento impugnabile. Difatti la riforma o la cassazione di una sentenza non definitiva pone nel nulla le statuizioni successivamente pronunciate, le quali siano dipendenti dalla sentenza riformata o cassata, e ciò anche in presenza di un giudicato formale.

Sez. 6-3, n. 26716/2019, Scoditti, Rv. 655509-01, ha poi precisato che la sospensione del processo presuppone che il rapporto di pregiudizialità tra due cause sia concreto ed attuale, nel senso che la causa ritenuta pregiudiziale deve essere tuttora pendente, non giustificandosi diversamente la sospensione, che si tradurrebbe in un inutile intralcio all'esercizio della giurisdizione, sicché, quando una sentenza sia impugnata in cassazione per non essere stato il giudizio di merito sospeso in presenza di altra causa pregiudiziale, è onere del ricorrente provare che la causa pregiudicante sia pendente e resti presumibilmente tale sino all'accoglimento del ricorso, mancando, in difetto, la prova dell'interesse concreto e attuale all'impugnazione, perché nessun giudice, di legittimità o di rinvio, può disporre la sospensione del giudizio in attesa della definizione di altra causa non più effettivamente in corso.

Ancora, **Sez. 2, n. 21514/2019, Scarpa, Rv. 654633-01**, ha ribadito che ove il giudice d'appello abbia dichiarato inammissibile uno dei motivi di gravame per difetto di specificità, affermandone poi comunque nel merito l'infondatezza, la parte rimasta soccombente che ricorra in cassazione contro tale sentenza, ove intenda impedirne il passaggio in giudicato, ha l'onere di impugnare la relativa statuizione, da sola sufficiente a sorreggere la decisione, dato che il passaggio in giudicato della pronuncia di inammissibilità priverebbe la medesima parte dell'interesse a far valere in sede di legittimità l'erroneità delle ulteriori statuizioni della decisione impugnata.

d) La legittimazione attiva. Sez. T, n. 05556/2019, Saija, Rv. 652787-01, ha ribadito che a seguito del trasferimento alle agenzie fiscali dei rapporti giuridici, dei poteri e delle competenze, in precedenza facenti capo al Ministero delle finanze, ai sensi dell'art. 57, comma 1, del d.lgs. n. 300 del 1999, il Ministero non è più

legittimato a proporre ricorso per cassazione nei processi pendenti, riguardanti i servizi attribuiti all'Agenzia delle Dogane, perché, a partire dal 1° gennaio 2001 (giorno di inizio di operatività delle agenzie fiscali, in virtù dell'art. 1 del d.m. 28 dicembre 2000) la legittimazione ad impugnare spetta esclusivamente a tale Agenzia.

e) L'impugnazione incidentale. In linea con orientamento consolidato si pone **Sez. 1, n. 28259/2019, Marulli, Rv. 655562-01**, secondo cui nei processi con pluralità di parti, la tempestività ex art. 370 c.p.c. dei ricorsi per cassazione proposti autonomamente dopo il primo, che si convertono sempre in impugnazioni incidentali rispetto a quella principale, deve essere valutata non in relazione al ricorso principale che non sia stato notificato alla parte, ma con riguardo alla data dell'effettiva notifica del primo ricorso incidentale successivo a quello principale. Più analiticamente, **Sez. T, n. 30775/2019, D'Oriano, Rv. 655939-01**, ha ribadito che in tema di processo litisconsortile, in virtù del principio di unità dell'impugnazione, il ricorso proposto irritualmente in forma autonoma da chi, ai sensi degli artt. 333 e 371 c.p.c., avrebbe potuto proporre soltanto impugnazione incidentale, per convertirsi in quest'ultima deve averne i requisiti temporali, onde la conversione risulta ammissibile solo se la notificazione del relativo atto non ecceda il termine di quaranta giorni da quello dell'impugnazione principale; né la decadenza conseguente all'inosservanza di detto termine può ritenersi superata dall'eventuale rispetto del termine "esterno" di cui agli artt. 325 o 327 c.p.c., giacché la tardività o la tempestività, in relazione a quest'ultimo, assume rilievo ai soli fini della determinazione della sorte dell'impugnazione stessa in caso di inammissibilità di quella principale, ex art. 334 c.p.c. Nello stesso senso, **Sez. 6-T, n. 33809/2019, La Torre, Rv. 656495-01**.

Sulla impugnazione incidentale tardiva, continua a registrarsi il contrasto già in essere tra **Sez. L, n. 06156/2018, Blasutto, Rv. 657499-01**, da una parte, e **Sez. T, n. 13651/2018, Castorina, Rv. 649085-01**, nonché **Sez. T, n. 18415/2018, De Masi, Rv. 649766-01**. A sostegno della prima tesi (propugnata dalla citata n. 06156/2018), **Sez. 3, n. 27616/2019, Sestini, Rv. 655641-01**, ha infatti affermato che il ricorso incidentale tardivo, da qualunque parte provenga, va dichiarato inammissibile laddove l'interesse alla sua proposizione non possa ritenersi insorto per effetto dell'impugnazione principale.

Va infine segnalata, per la sua peculiarità, **Sez. T, n. 25278/2019, D'Aquino, Rv. 655533-01**, secondo cui in tema di processo tributario, nel giudizio di legittimità il ricorso incidentale deve essere trattato preliminarmente rispetto a quello principale allorché attenga allo "ius superveniens" costituito da una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha efficacia immediata nell'ordinamento nazionale, purché non siano necessari nuovi accertamenti di fatto, e valenza retroattiva, salvo il limite dei rapporti esauriti.

f) I requisiti di forma e contenuto del ricorso (e del controricorso). Il tema dei requisiti di contenuto-forma del ricorso e del controricorso, previsti in via generale dagli artt. 365, 366 e 370 del codice di rito, come è intuibile, è sempre di viva attualità.

Anzitutto, sul piano generale, si segnala **Sez. T, n. 03379/2019, D'Orazio, Rv. 652381-01**, secondo cui il ricorso per cassazione privo della sottoscrizione dell'avvocato deve considerarsi giuridicamente inesistente e, quindi, inammissibile, in applicazione del principio generale sancito dall'art. 161, comma 2, c.p.c., estensibile a tutti gli atti processuali. Si veda, per il caso di notifica del ricorso a mezzo PEC, **Sez. 6-3, n. 19434/2019, Iannello, Rv. 654622-01**, già citata.

Sempre in linea generale, **Sez. T, n. 14035/2019, Fanticini, Rv. 654111-02**, ha poi precisato che la palese violazione dell'art. 366 c.p.c. nella predisposizione del ricorso, tale da concretare un errore grossolano del difensore nella redazione dell'atto, giustifica la condanna della parte - che risponde delle condotte del proprio avvocato ex art. 2049 c.c. - al risarcimento dei danni per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c. Sostanzialmente nello stesso senso, **Sez. 3, n. 05725/2019, Di Florio, Rv. 652838-02**.

Riguardo **all'indicazione delle parti**, requisito previsto **dall'art. 366, comma 1, n. 1, c.p.c.**, va segnalata **Sez. 1, n. 24050/2019, Marulli, Rv. 655307-01**, che ha ribadito che il soggetto che proponga ricorso per cassazione in qualità di successore, a titolo universale o particolare, di colui che era stato parte nel precedente grado del giudizio, deve non soltanto allegare la propria "legitimatio ad causam" per essere subentrato nella medesima posizione del dante causa, ma deve altresì fornirne la prova, la cui mancanza, attenendo alla regolare costituzione del contraddittorio nella fase d'impugnazione, è rilevabile anche d'ufficio, ed ha per conseguenza la dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

Ancora, **Sez. T, n. 24528/2019, Frasca, Rv. 655479-01**, ha statuito che è inammissibile il ricorso per cassazione proposto da un soggetto erroneamente indicato nell'epigrafe e nella motivazione della sentenza di secondo grado quale parte, venendo in rilievo, in tal caso, un errore di fatto revocatorio denunciabile ex art. 395 n. 4 c.p.c. Nella specie, il ricorso per cassazione era stato proposto dai soci, erroneamente indicati nella decisione impugnata quali appellanti, sebbene il gravame fosse stato esperito dalla sola società.

Infine, **Sez. T, n. 34641/2019, Triscari, Rv. 656608-01**, in una vicenda in cui il ricorso per cassazione era stato notificato ad una Agenzia fiscale (Agenzia delle entrate), anziché a quella titolare del rapporto tributario controverso (Agenzia delle dogane e dei monopoli), ha affermato non essere applicabile, nella specie, l'art. 4 della l. 25 marzo 1958, n. 260 (invocato dal ricorrente ai fini della rimessione in termini), giacché l'errore di identificazione della persona alla quale l'atto introduttivo

del giudizio e ogni altro atto doveva essere notificato non può sussistere nel caso in cui, come quello in esame, il ricorso in cassazione è stato notificato ad un soggetto diverso dalla parte processuale già identificata dei precedenti giudizi di merito. Pertanto, la S.C. ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, perché notificato a soggetto privo di legittimazione passiva e non alla "giusta parte processuale".

Riguardo all'onere di **esposizione sommaria dei fatti** di causa, prescritto dall'**art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c.**, vanno inquadrare in quest'ambito una serie di pronunce inerenti l'onere di trascrivere (o di riassumere) il contenuto di atti processuali o documenti rilevanti ai fini della decisione.

Così, va anzitutto segnalata **Sez. U, n. 34469/2019, Scarano, Rv. 656488-01**, che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso al suo esame, per essersi limitato il ricorrente a meramente richiamare una serie di documenti, senza debitamente riprodurli nel ricorso ovvero, laddove (in tutto o in parte) riprodotti, senza fornire puntuali indicazioni necessarie ai fini della relativa individuazione con riferimento alla sequenza dello svolgimento del processo inerente alla documentazione, come pervenuta presso la S.C., al fine di renderne possibile l'esame, con precisazione anche dell'esatta collocazione nel fascicolo d'ufficio o in quello di parte, e se essi siano stati rispettivamente acquisiti o prodotti pure in sede di giudizio di legittimità, la mancanza anche di una sola di tali indicazioni rendendo il ricorso inammissibile.

Più in dettaglio, **Sez. T, n. 01150/2019, Saija, Rv. 652710-02**, che ha affermato che ove sia dedotto il vizio di una relata di notifica, la trascrizione integrale della medesima si rende necessaria soltanto qualora sia strettamente funzionale alla comprensione del motivo, atteso che l'adempimento dei requisiti di contenuto-forma previsti dall'art. 366 c.p.c. non è fine a se stesso, ma è strumentale al dispiegamento della funzione che è propria di detti requisiti. Nella specie, la S.C. ha ritenuto che, ai fini della piena intellegibilità del motivo - con cui era stata denunciata l'erroneità della decisione impugnata, che aveva affermato la nullità della notifica di una cartella di pagamento, stante l'illeggibilità della firma del destinatario e l'omessa indicazione della sua qualifica - la mera trascrizione della relata di notifica non avrebbe potuto aggiungere alcunché alla piena intellegibilità della censura.

Secondo **Sez. L, n. 20914/2019, Marotta, Rv. 654796-02**, invece, ove il ricorrente intenda far valere l'omessa o inesatta valutazione di atti e documenti, anche nel caso in cui si denunci violazione o falsa applicazione di norma di diritto, egli è tenuto anche a trascrivere integralmente il contenuto degli atti e dei documenti, così da rendere immediatamente apprezzabile alla Suprema Corte il vizio dedotto. Nello stesso senso, per il caso venga fatta valere la inesatta interpretazione di una clausola contrattuale, **Sez. 3, n. 06735/2019, Pellicchia, Rv. 653255-01**, ha affermato che costituisce preciso onere del ricorrente riportare nel ricorso il testo pattizio in discussione, onde consentire alla S.C. di effettuare il

relativo controllo, che non può essere demandato ad indagini integrative del giudice di legittimità tendenti a superare le lacune dell'atto d'impugnazione. Ancora, sul tema della denuncia della violazione dei criteri di ermeneutica contrattuale (nella specie, degli artt. 1366 e 1369 c.c.), **Sez. 3, n. 13603/2019, Olivieri, Rv. 653922-01**, ha statuito che il ricorrente ha l'onere di indicare, a pena di inammissibilità del gravame, l'elemento semantico del contratto che, essendo oggettivamente incerto nel suo significato, rende non sufficiente, per la ricerca della volontà comune delle parti, l'utilizzo del criterio cd. letterale e necessaria, invece, l'applicazione di quelli della buona fede o della funzione del contratto.

Ancora, in relazione al potere della S.C. di rilevare il giudicato interno circa una determinata statuizione contenuta nella sentenza di primo grado (potere che non è dipendente dall'interpretazione compiuta dal giudice d'appello), **Sez. 1, n. 07499/2019, Pazzi, Rv. 653628-01**, ha affermato che la S.C. ha il potere-dovere di valutare direttamente gli atti processuali per stabilire se, rispetto alla questione su cui si sarebbe formato il giudicato, la funzione giurisdizionale si sia esaurita per effetto della mancata devoluzione della questione nel giudizio di appello, con conseguente preclusione di ogni esame della stessa. A tal fine, è però necessario che il ricorrente non solo deduca di aver ritualmente impugnato la statuizione, ma indichi elementi e riferimenti atti ad individuare, nei suoi termini esatti e non genericamente, il contenuto dell'atto di appello a questo preciso proposito, non essendo tale vizio rilevabile "ex officio".

Sul tema, si segnala ancora **Sez. 2, n. 02038/2019, Dongiacomo, Rv. 652251-02**, secondo cui qualora una determinata questione giuridica - che implichi un accertamento di fatto - non risulti trattata in alcun modo nella sentenza impugnata, il ricorrente che proponga detta questione in sede di legittimità ha l'onere, al fine di evitare una statuizione di inammissibilità per novità della censura, non solo di allegarne l'avvenuta deduzione innanzi al giudice di merito, ma anche di indicare in quale atto del giudizio precedente vi abbia provveduto, onde dare modo alla Corte di cassazione di controllare "ex actis" la veridicità di tale asserzione prima di esaminare nel merito la questione stessa. Nello stesso senso, si veda **Sez. 6-T, n. 32804/2019, Luciotti, Rv. 656036-01**.

Proprio tale finalità è posta a fondamento del principio affermato dalla già citata **Sez. T, n. 01150/2019, Saija, Rv. 632710-01**, riguardo al contenuto del controricorso. E' stato infatti statuito che, ai fini del rispetto del requisito di cui all'art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c. (richiamato dall'art. 370, comma 2, c.p.c., «in quanto è possibile»), il controricorso deve contenere l'autonoma esposizione sommaria dei fatti della causa soltanto nel caso in cui con esso venga proposta impugnazione incidentale, stante l'autonomia di questa rispetto all'impugnazione principale; tuttavia, qualora il controricorrente, pur senza proporre impugnazione incidentale,

sollevi eccezioni sull'ammissibilità del ricorso che implicino una valutazione del materiale documentale delle fasi di merito, il controricorso stesso deve contenere una sufficiente ed autonoma esposizione dei fatti di causa inerenti a dette eccezioni, in modo da consentire alla Corte di verificarne la portata, dalla sola lettura dell'atto. Nella specie, la S.C. ha dunque dichiarato inammissibile l'eccezione sollevata dal controricorrente, che aveva a propria volta eccepito l'inammissibilità del ricorso in ragione dell'assunto passaggio in giudicato di alcuni capi della sentenza di primo grado, senza peraltro riportarne la motivazione, se non per estratto, in modo ritenuto inidoneo ad apprezzare se le frasi trascritte integrassero vere e proprie "rationes decidendi".

Quanto alla tecnica di redazione del ricorso, merita segnalazione **Sez. T, n. 08009/2019, Federici, Rv. 653337-01**, che – in un caso in cui il ricorso si limitava a riprodurre stralci degli atti difensivi depositati dal ricorrente nei precedenti gradi del giudizio, senza formulare alcuna specifica censura nei confronti della decisione impugnata – ha affermato che il dovere di chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali, benché esplicitamente fissato dall'art. 3, comma 2, del c.p.a., esprime tuttavia un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile. Il ricorrente che non rispetti detto dovere, dunque, resta esposto al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, non già per l'irragionevole estensione del ricorso (la quale non è normativamente sanzionata), ma in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, ridondando nella violazione delle prescrizioni di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 366 c.p.c., esplicitamente assistite dalla sanzione testuale di inammissibilità.

Ove poi il ricorrente denunci l'omessa valutazione di prove documentali, secondo **Sez. T, n. 13625/2019, Romeo, Rv. 653996-01**, egli ha l'onere non solo di trascrivere il testo integrale, o la parte significativa del documento nel ricorso per cassazione, al fine di consentire il vaglio di decisività, ma anche di specificare gli argomenti, deduzioni o istanze che, in relazione alla pretesa fatta valere, siano state formulate nel giudizio di merito, pena l'irrilevanza giuridica della sola produzione, che non assicura il contraddittorio e non comporta, quindi, per il giudice alcun onere di esame, e ancora meno di considerazione dei documenti stessi ai fini della decisione.

Con specifico riferimento al processo tributario, vanno infine segnalate, **Sez. T, n. 13163/2019, Di Marzio P., Rv. 653864-01**, che ha statuito che l'amministrazione finanziaria è tenuta non solo a riportare, anche in sintesi, il ricorso in appello ma anche le parti dell'atto di diniego contenenti le specifiche contestazioni su cui esso si fonda non potendo invocare a fondamento delle proprie pretese ragioni diverse da quelle di cui all'atto impositivo; nonché **Sez. T, n. 28570/2019, D'Ovidio, Rv.**

655730-01, secondo cui, qualora il ricorrente censuri la sentenza della commissione tributaria sotto il profilo del giudizio espresso in ordine alla motivazione di una cartella di pagamento – che è atto amministrativo e non processuale – egli deve, a pena di inammissibilità, trascrivere testualmente il contenuto dell'atto impugnato che assume erroneamente interpretato o pretermesso dal giudice di merito al fine di consentire alla Corte di cassazione la verifica della doglianza esclusivamente mediante l'esame del ricorso.

Per quanto concerne i **motivi di ricorso**, requisito prescritto **dall'art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c.**, va anzitutto segnalata **Sez. 1, n. 06519/2019, Caiazzo, Rv. 653222-01**, che ha ribadito che il giudizio di cassazione è un giudizio a critica vincolata, nel quale le censure alla pronuncia di merito devono trovare collocazione entro un elenco tassativo di motivi. Ciò in quanto la Corte di cassazione non è mai giudice del fatto in senso sostanziale ed esercita un controllo sulla legalità e logicità della decisione che non consente di riesaminare e di valutare autonomamente il merito della causa. La parte non può, dunque, limitarsi a censurare la complessiva valutazione delle risultanze processuali contenuta nella sentenza impugnata, contrapponendovi la propria diversa interpretazione, al fine di ottenere la revisione degli accertamenti di fatto compiuti. Peraltro, nel solco di consolidato orientamento, poi, **Sez. 6-3, n. 16314/2019, D'Arrigo, Rv. 654319-01**, ha ribadito che, poiché il ricorso per cassazione non introduce un terzo grado di giudizio, ma è caratterizzato dal già descritto effetto devolutivo correlato ai motivi specificamente proposti, nel caso in cui la decisione impugnata si regga su più "rationes decidendi" ciascuna delle quali idonea a giustificare la decisione, è inammissibile il ricorso che non formuli specifiche doglianze in relazione a tutte le predette "rationes".

Così, in fattispecie in cui il ricorrente lamentava soltanto la mancata comunicazione del dispositivo della sentenza della commissione tributaria regionale, **Sez. T, n. 20951/2019, Cataldi, Rv. 654958-01**, ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso in quanto privo dei motivi di censura, non essendo neanche ammessa la riammissione in termini ex art. 153, comma 2, c.p.c. Secondo **Sez. T, n. 02912/2019, Guida, Rv. 652338-01**, non implica, al contrario, l'inammissibilità del ricorso la mera mancanza delle conclusioni rassegnate alla S.C., ove il ricorrente abbia formulato specifiche censure alla decisione impugnata e, dal tenore dell'atto, si evinca con certezza la volontà dell'impugnante di ottenerne la cassazione.

Ancora, **Sez. 3, n. 30738/2019, Gorgoni, Rv. 656135-01**, ha ribadito che il motivo di ricorso per cassazione con il quale, reiterandosi l'istanza avanzata nel giudizio di merito, si chieda di dichiarare una questione di legittimità costituzionale non manifestamente infondata e di rimetterne l'esame alla Corte costituzionale, è inammissibile ove contenga soltanto la generica deduzione dell'illegittimità di una

norma e non anche l'indicazione delle ragioni di contrasto con le disposizioni costituzionali eventualmente individuate.

Infine, con specifico riferimento al contenuto del controricorso, **Sez. 3, n. 09983/2019, Scarano, Rv. 653425-01**, ne ha ritenuto l'inammissibilità ove privo dei motivi di diritto (si trattava di atto denominato "atto di costituzione", privo di ogni argomento tendente a contrastare l'impugnazione), con conseguente preclusione della produzione di documenti e memorie, ex artt. 372 e 378 c.p.c., fino alla data della discussione.

Per quanto concerne la **procura speciale**, che deve essere indicata ex **art. 366, comma 1, n. 5, c.p.c.**, e di cui deve essere comunque munito l'avvocato che sottoscrive il ricorso o il controricorso, ex **artt. 365 e 370 c.p.c.**, si segnala anzitutto **Sez. T, n. 00877/2019, Mucci, Rv. 652193-01**, secondo cui il controricorso è inammissibile qualora la procura sia stata rilasciata con modalità diverse da quelle legalmente previste dall'art. 83, comma 3, c.p.c. Sul piano più generale, **Sez. U, n. 10019/2019, Vincenti, Rv. 653596-01**, ha escluso la validità della procura rilasciata dall'intimato in calce alla "memoria di costituzione" depositata dalla parte intimata dopo la scadenza del termine di cui all'art. 370 c.p.c. e non notificata al ricorrente (così da non potersi qualificare come controricorso, seppur tardivo), trattandosi di atto di per sé inammissibile, in relazione al quale anche il potere di autenticazione del difensore resta privo di efficacia, essendo esso limitato agli atti specificamente indicati nell'art. 83, comma 3, c.p.c. In senso conforme, **Sez. 3, n. 20322/2019, Iannello, Rv. 654927-01**.

Più in dettaglio, **Sez. T, n. 05577/2019, D'Orazio, Rv. 652721-01**, ha ribadito che, ai fini che qui interessano, è essenziale che la procura sia conferita in epoca anteriore alla notificazione del ricorso, che investa il difensore espressamente del potere di proporre quest'ultimo e che sia rilasciata in epoca successiva alla sentenza oggetto dell'impugnazione; ove sia apposta a margine del ricorso, tali requisiti possono desumersi, rispettivamente, quanto al primo, dall'essere stata la procura trascritta nella copia notificata del ricorso, e, quanto agli altri due, dalla menzione della sentenza gravata risultante dall'atto a margine del quale essa è apposta. Resta, invece, irrilevante che la procura sia stata conferita in data anteriore a quella della redazione del ricorso e che non sia stata indicata la data del suo rilascio, non essendo tale requisito previsto a pena di nullità. Nello stesso senso, **Sez. 2, n. 14437/2019, Giusti, Rv. 654078-01**.

Peraltro, secondo **Sez. T, n. 17963/2019, Condello, Rv. 654746-01**, non occorre che la procura sia integralmente trascritta nella copia notificata all'altra parte, ben potendosi pervenire, attraverso altri elementi, alla ragionevole certezza che il mandato sia stato conferito prima della notificazione dell'atto e dovendo la conformità del ricorso rispetto all'originale notificato dal contribuente all'Ufficio

riguardare il contenuto dell'atto, sicché è a tal fine sufficiente l'apposizione nella copia di una nota che attesti la presenza sull'originale del mandato rilasciato al difensore.

Nel caso di pluralità di intimati, il mancato riferimento nella procura a ciascuno di loro non ne determina la carenza di specialità, secondo **Sez. L, n. 19923/2019, Pagetta, Rv. 654787-01**, che invece è deducibile con certezza, in base all'interpretazione letterale, teleologica e sistematica dell'art. 83 c.p.c., dal fatto che il mandato forma materialmente corpo con il ricorso, essendo la posizione topografica della procura idonea - salvo che dal suo testo si ricavi il contrario - a dar luogo alla presunzione di riferibilità al giudizio cui l'atto accede. Né tantomeno il requisito della specialità resta escluso, **secondo Sez. 6-1, n. 24670/2019, Terrusi, Rv. 655815-01**, dalla circostanza che la delega alla proposizione del ricorso sia stata genericamente formulata, allorquando essa sia stata apposta in calce o a margine del ricorso per cassazione. In tal caso, il requisito della specialità resta assorbito dal contesto documentale unitario, derivando direttamente dalla relazione fisica tra la delega e il ricorso, che consente di attribuire alla parte la volontà che la procura produca i suoi effetti, secondo il principio di conservazione degli atti (artt. 1367 c.c. e 159 c.p.c.).

Tale deduzione non è ricavabile nel caso in cui la procura sia stata rilasciata in calce alla sentenza d'appello notificata al ricorrente per cassazione, giacché da essa non è possibile desumere l'anteriorità o, almeno, la coevità rispetto alla proposizione del ricorso; donde, l'inammissibilità di quest'ultimo (**così, Sez. 1, n. 31656/2019, Fidanzia, non massimata**).

Sez. 3, n. 28217/2019, Sestini, Rv. 655781-01, ha poi affermato che, poiché il procuratore generale alle liti non è abilitato a conferire, a nome del proprio rappresentato, né a se stesso né ad altri, la procura ex art. 365 c.p.c., il relativo ricorso per cassazione sottoscritto dal difensore così designato deve considerarsi inammissibile. **Sez. 6-3, n. 11898/2019, D'Arrigo, Rv. 653802-01**, ha invece affermato che, ove la procura speciale sia rilasciata da un soggetto nella qualità di procuratore speciale di una società di capitali in virtù dei poteri conferitigli con procura notarile non depositata con il ricorso, né rinvenibile nel fascicolo, l'impossibilità del controllo, da parte del giudice di legittimità, della legittimazione del delegante ad una valida rappresentazione processuale e sostanziale della persona giuridica comporta l'inammissibilità del ricorso.

Ancora, quanto alle conseguenze della mancanza o invalidità della procura, si segnalano **Sez. 6-1, n. 25435/2019, Iofrida, Rv. 655644-01**, secondo cui, non riverberando l'attività del difensore alcun effetto sulla parte malamente assistita, lo stesso difensore debba considerarsi quale parte effettiva (almeno in ordine alla questione d'inammissibilità del ricorso per difetto della procura speciale), sicché,

qualora la Suprema Corte non ritenga che sussistano giusti motivi di compensazione, la condanna alle spese va pronunciata a carico del predetto difensore, quale unica controparte del controricorrente nel giudizio di legittimità; nonché **Sez. 6-1, n. 32008/2019, Nazzicone, Rv. 656494-01**, che ha ribadito che, in caso di mancanza di idonea procura speciale ex art. 365 c.p.c., la dichiarazione di cui all'art. 13 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come novellato dalla l. n. 228 del 2012, deve seguire il principio secondo cui, trattandosi di attività processuale di cui il legale assume esclusivamente la responsabilità, su di lui grava la pronuncia relativa alle spese processuali, anche con riguardo all'ulteriore importo a titolo di contributo unificato.

Infine, il connesso onere di deposito della procura speciale di cui all'art. 369, comma 2, n. 3, c.p.c., a pena di improcedibilità del ricorso stesso, secondo **Sez. 3, n. 01271/2019, Rv. 652468-01**, sanziona tanto l'inadempimento assoluto quanto la tardività del richiesto adempimento. Il deposito dei due atti (ricorso e procura) in tempi diversi, legittimo se compiuto, comunque, entro il termine di venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, rende, invece, improcedibile l'impugnazione in caso di deposito della procura successivo alla scadenza di detto termine.

Venendo, per ultimo, al requisito di **autosufficienza del ricorso**, di matrice giurisprudenziale, ma di cui si rinviene oggi la fonte normativa **nell'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c.**, va evidenziato che spesse volte il requisito in parola viene trasposto sul piano della esposizione sommaria dei fatti, processuali e sostanziali, di cui all'art. 366, comma 1, n. 3, c.p.c., già esaminato, la cui funzione è però quella di rendere immediatamente intellegibili le censure mosse alla decisione impugnata. La funzione del requisito dell'autosufficienza, invece, attiene al piano più propriamente probatorio, mirando essenzialmente alla dimostrazione, da parte del ricorrente, della tempestività della produzione del documento invocato a sostegno dell'impugnazione (salvo che non si tratti di documento producibile, per la prima volta, nel giudizio di legittimità, ex art. 372 c.p.c.), fermo lo scopo illustrativo-descrittivo del contenuto del documento stesso (in ciò, i requisiti di cui ai nn. 3 e 6 dell'art. 366 c.p.c. finiscono spesso con il sovrapporsi).

Ciò chiarito, deve anzitutto segnalarsi, sul punto, **Sez. 3, n. 02331/2019, Guizzi, Rv. 652658-02**, secondo cui, nel giudizio di legittimità, il principio della obbligatorietà della lingua italiana, previsto dall'art. 122 c.p.c. con riferimento ai soli atti processuali in senso stretto, nel caso di produzione di documenti redatti in lingua straniera va conformato alla previsione dell'art. 366, comma 1, n. 6 c.p.c. che impone, in applicazione del principio di specificità, un sintetico ma completo resoconto del loro contenuto, previa traduzione, in italiano, nonché della specifica indicazione del luogo in cui ne è avvenuta la produzione, al fine di consentire la

verifica della fondatezza della doglianza sulla base del solo ricorso, senza necessità di fare rinvio o accesso a fonti esterne ad esso.

Con specifico riguardo al processo tributario, poi, e alla sua appendice di legittimità, **Sez. T, n. 00777/2019, Cataldi, Rv. 652190-01**, ha ribadito che il ricorrente, pur non essendo tenuto a produrre nuovamente i documenti, in ragione dell'indisponibilità del fascicolo di parte che resta acquisito, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992, al fascicolo d'ufficio del giudizio svoltosi dinanzi alla commissione tributaria - del quale è sufficiente la richiesta di trasmissione ex art. 369, comma 3, c.p.c. - deve rispettare, a pena d'inammissibilità del ricorso, il diverso onere di cui all'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., di specifica indicazione degli atti processuali e dei documenti sui quali il ricorso si fonda, nonché dei dati necessari all'individuazione della loro collocazione quanto al momento della produzione nei gradi dei giudizi di merito.

g) I vizi denunciabili. Come sempre, numerose pronunce rese nel 2019 hanno riguardato il panorama delle censure proponibili col ricorso, ai sensi dell'art. 360, comma 1, c.p.c. Rinviano, quanto alle questioni di giurisdizione e di competenza, ai relativi capitoli di questa Rassegna, si procederà di seguito ad indicare le più significative sui restanti vizi.

Iniziando dalla **violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.**, procede ad una complessiva ricostruzione dei confini del vizio in discorso **Sez. 1, n. 00640/2019, Di Marzio M., Rv. 652398-01**, secondo cui le espressioni violazione o falsa applicazione di legge, di cui all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., descrivono i due momenti in cui si articola il giudizio di diritto: a) quello concernente la ricerca e l'interpretazione della norma ritenuta regolatrice del caso concreto; b) quello afferente l'applicazione della norma stessa una volta correttamente individuata ed interpretata. Il vizio di violazione di legge investe immediatamente la regola di diritto, risolvendosi nella negazione o affermazione erronea della esistenza o inesistenza di una norma, ovvero nell'attribuzione ad essa di un contenuto che non possiede, avuto riguardo alla fattispecie in essa delineata; il vizio di falsa applicazione di legge consiste, o nell'assumere la fattispecie concreta giudicata sotto una norma che non le si addice, perché la fattispecie astratta da essa prevista - pur rettamente individuata e interpretata - non è idonea a regolarla, o nel trarre dalla norma, in relazione alla fattispecie concreta, conseguenze giuridiche che contraddicano la pur corretta sua interpretazione. Invece, non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 360, comma 1, n. 3, l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa che è, invece, esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, sottratta perciò al sindacato di legittimità. Nello stesso senso, **Sez. T, n. 23851/2019, Condello, Rv. 655120-02**.

Ancora, **Sez. 1, n. 3340/2019, Schirò, Rv. 652549-02**, ha ribadito che il vizio di violazione di legge consiste nella deduzione di un'erronea ricognizione, da parte del provvedimento impugnato, della fattispecie astratta recata da una norma di legge e implica necessariamente un problema interpretativo della stessa; l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa è, invece, esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, sottratta al sindacato di legittimità. La S.C. ha pertanto dichiarato inammissibile il motivo di ricorso, formulato ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., con il quale era stata dedotta in modo del tutto generico la violazione di norme di legge, avuto riguardo alla valutazione sulla credibilità del richiedente protezione internazionale, attraverso il richiamo alle disposizioni disattese e tramite una ricostruzione della fattispecie concreta difforme da quella accertata dal tribunale.

Sempre sul piano generale, va infine segnalata **Sez. 3, n. 21772/2019, Frasca, Rv. 655084-01**, secondo cui il controllo di legittimità richiesto alla Corte ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. non si esaurisce in una verifica di correttezza dell'attività ermeneutica diretta a ricostruire la portata precettiva della norma, ma è esteso alla sussunzione del fatto, accertato dal giudice di merito, nell'ipotesi normativa. Pertanto, nella specie la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che, a fronte di una domanda di risarcimento del danno cagionato da animali - nella specie una zuffa canina dalla quale era derivata la morte di uno dei proprietari caduto a causa dello strattonamento da parte del proprio cane al guinzaglio - aveva affermato l'interruzione del nesso causale, escludendo il rilievo del comportamento dell'altro cane che aveva dato adito alla zuffa.

Più nel dettaglio, diverse pronunce hanno riguardato il tema della valutazione delle prove. Così, **Sez. 6-1, n. 01229/2019, Di Marzio M., Rv. 652671-01**, ha ribadito che una censura relativa alla violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. non può porsi per una erronea valutazione del materiale istruttorio compiuta dal giudice di merito, ma solo se si allega che quest'ultimo abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali, o abbia disatteso, valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, delle prove legali, ovvero abbia considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti invece a valutazione. Sempre **Sez. 6-1, n. 01234/2019, Di Marzio M., Rv. 652672-01**, ha poi affermato che in tema di prova presuntiva, è incensurabile in sede di legittimità la violazione dell'art. 2729 c.c., ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., in relazione all'apprezzamento del giudice del merito circa la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dalla legge per valorizzare elementi di fatto come fonti di presunzione, rimanendo il sindacato del

giudice di legittimità circoscritto alla verifica della tenuta della relativa motivazione, nei ristretti limiti oggi segnati dal vigente art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.

Ancora in ambito "lato sensu" probatorio, **Sez. 1, n. 03867/2019, Nazzicone, Rv. 653090-01**, ha ribadito che il ricorso per cassazione proposto per violazione dell'art. 116 c.p.c., fondato sull'affermazione che il giudice di merito abbia travisato le risultanze della consulenza tecnica, è inammissibile, configurandosi in questa ipotesi esclusivamente il rimedio della revocazione, ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c. Sempre sul tema, **Sez. L, n. 25166/2019, Ponterio, Rv. 655384-01**, ha poi precisato che l'errore di percezione, in relazione all'art. 115 c.p.c., cadendo sulla ricognizione del contenuto oggettivo della prova, non può ravvisarsi laddove la statuizione di esistenza o meno della circostanza controversa presupponga un giudizio di attendibilità, sufficienza e congruenza delle testimonianze, che si colloca interamente nell'ambito della valutazione delle prove, estranea al giudizio di legittimità.

In relazione al ricorso, da parte del giudice di merito, alle nozioni di comune esperienza, che riguardano fatti acquisiti alla conoscenza della collettività con tale grado di certezza da apparire indubitabili ed incontestabili, e non anche elementi valutativi che implicano cognizioni particolari ovvero nozioni che rientrano nella scienza privata del giudice, vanno segnalate **Sez. 6-3, n. 07726/2019, Olivieri, Rv. 653445-01**, secondo cui, l'uso del fatto notorio attiene all'esercizio di un potere discrezionale. Pertanto, la violazione dell'art. 115, comma 2, c.p.c. può configurarsi solo quando il giudice ne abbia fatto positivamente uso e non anche ove non abbia ritenuto necessario avvalersene, venendo in tal caso la censura ad incidere su una valutazione di merito insindacabile in sede di legittimità. E ancora, **Sez. 6-3, n. 13715/2019, Positano, Rv. 654219-01**, ha affermato che, stante la discrezionalità di detto potere, il giudizio del giudice del merito circa la sussistenza di un fatto notorio può essere censurato in sede di legittimità solo se sia stata posta a base della decisione una inesatta nozione del notorio, da intendere come fatto conosciuto da un uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo, e non anche per inesistenza o insufficienza di motivazione, non essendo il giudice tenuto ad indicare gli elementi sui quali la determinazione si fonda. Del resto, allorché si assuma che il fatto considerato come notorio dal giudice non risponde al vero, l'inveridicità del preteso fatto notorio può formare esclusivamente oggetto di revocazione, ove ne ricorrano gli estremi, non di ricorso per cassazione.

Infine, premesso il potere-dovere del giudice di rilevare anche d'ufficio, in ogni stato e grado e salva la formazione del giudicato sul punto, la nullità del contratto (Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633502-01 e 633509-01), **Sez. 3, n. 12259/2019, Iannello, Rv. 653780-01**, ha precisato che in caso di omessa proposizione in appello di un'eccezione di nullità contrattuale, il mancato rilievo da

parte del giudice non integra il vizio di omessa pronuncia, ma è denunciabile in cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. per violazione delle norme che prevedono la rilevabilità d'ufficio della questione, giacché il vizio di omessa pronuncia postula che la questione, ancorché rilevabile d'ufficio, abbia formato oggetto di una specifica domanda od eccezione e che il giudice non abbia statuito sulla stessa.

Per quanto riguarda la nullità della sentenza o del procedimento, ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., va qui anzitutto richiamata **Sez. 6-L, n. 26087/2019, Cavallaro, Rv. 655459-01**, che in applicazione del principio di lesività ha ribadito che la censura concernente la violazione dei "principi regolatori del giusto processo" e cioè delle regole processuali ex art. 360 n. 4 c.p.c., deve avere carattere decisivo, cioè incidente sul contenuto della decisione e, dunque, arrecante un effettivo pregiudizio a chi la denuncia.

Sez. 2, n. 21944/2019, Scalisi, Rv. 654914-01, ha poi ribadito che in materia di vizi "in procedendo", non è consentito alla parte interessata di formulare in sede di legittimità la relativa censura in termini di omessa motivazione, in quanto spetta alla Corte di cassazione accertare se vi sia stato o meno il denunciato vizio di attività, attraverso l'esame diretto degli atti, indipendentemente dall'esistenza o dalla sufficienza e logicità dell'eventuale motivazione del giudice di merito sul punto.

Quanto alla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ex art. 112 c.p.c., **Sez. 3, n. 17644/2019, Di Florio, Rv. 654676-01**, ha affermato l'ammissibilità del ricorso per cassazione contro la decisione del giudice che, nell'accogliere l'appello avverso sentenza provvisoriamente esecutiva di condanna, ometta di ordinare la restituzione di ciò che è stato corrisposto in forza della pronuncia riformata, benché la relativa domanda fosse stata ritualmente introdotta con l'atto di gravame. Peraltro, ove la condanna alle restituzioni sia sottratta a qualunque forma di valutazione giudiziale sia nell'"an" sia nel "quantum" del provvedimento, può essere azionata anche la procedura di correzione dell'errore materiale, dovendosi ritenere che i due rimedi, qualora la statuizione acceda al "decisum" della controversia e non siano necessarie ulteriori indagini o determinazioni sostanziali, siano fra loro alternativi. Ancora sul tema, **Sez. T, n. 11459/2019, Mondini, Rv. 653671-01**, ha statuito che l'illogica dichiarazione di assorbimento di un motivo di appello si risolve in una omessa pronuncia e, come tale, può essere censurata in sede di legittimità solo ai sensi dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. **Infine, Sez. 1, n. 32023/2019, Scotti, Rv. 655960-01**, ha precisato che l'omessa pronuncia su un motivo di appello avente ad oggetto il vizio della mancata statuizione da parte del giudice di primo grado sulla domanda di condanna ad un fare infungibile, integra un motivo di ricorso per cassazione ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. per violazione dell'art. 112 c.p.c., stante

l'ammissibilità di un tale genere di pronuncia, in quanto idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza dell'esecuzione volontaria da parte dell'obbligato, oltre a consentire l'eventuale e successiva domanda di risarcimento del danno nonché l'adozione delle misure di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c.

Con specifico riferimento al vizio di nullità della sentenza, deve qui richiamarsi, anzitutto, **Sez. 3, n. 29721/2019, Sestini, Rv. 655799-01**, secondo cui la concisione della motivazione non può prescindere dall'esistenza di una pur succinta esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione impugnata, la cui assenza configura motivo di nullità della sentenza quando non sia possibile individuare il percorso argomentativo della pronuncia giudiziale, funzionale alla sua comprensione e alla sua eventuale verifica in sede di impugnazione. Nella specie, la S.C. ha ritenuto nulla la sentenza gravata, la cui motivazione, costituita da una sola pagina, era priva dell'esposizione degli elementi in base ai quali la Corte territoriale aveva ritenuto che "l'appello non contesti la sentenza del tribunale nella parte rilevante della decisione". Ancora, **Sez. 1, n. 20883/2019, Bisogni, Rv. 654951-01**, ha ribadito che la sentenza d'appello può essere motivata "per relationem", purché il giudice del gravame dia conto, sia pur sinteticamente, delle ragioni della conferma in relazione ai motivi di impugnazione ovvero della identità delle questioni prospettate in appello rispetto a quelle già esaminate in primo grado, sicché dalla lettura della parte motiva di entrambe le sentenze possa ricavarsi un percorso argomentativo esaustivo e coerente, mentre va cassata la decisione con cui la corte territoriale si sia limitata ad aderire alla pronunzia di primo grado in modo acritico senza alcuna valutazione di infondatezza dei motivi di gravame.

Inoltre, è noto che la riformulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., operata dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012, ha ridimensionato il vizio motivazionale denunciabile in sede di legittimità, riportandolo nell'alveo del c.d. "minimo costituzionale" (si veda, in particolare, **Sez. U, n. 08053/2014, Botta, Rv. 629830-01**). In continuità con il principio così affermato – che risulta assolutamente consolidato – **Sez. 6-T, n. 13977/2019, Luciotti, Rv. 654145-01**, ha quindi ribadito che la motivazione può dirsi apparente quando essa, benché graficamente esistente, non renda percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche, congetture. Nella specie la S.C. ha quindi ritenuto affetta da tale vizio la sentenza impugnata, che aveva dichiarato inammissibile l'appello perché tardivo, senza però indicare la documentazione esaminata e la valenza probatoria della stessa ai fini della decisione assunta.

Ancora, va segnalata **Sez. 6-3, n. 04360/2019, D'Arrigo, Rv. 653011-01**, secondo cui, nel caso sia denunciata, ex art. 360, comma 1, n. 4 c.p.c., la violazione dell'art. 92, comma 2, c.p.c., come modificato dal d.l. n. 132 del 2014, convertito in l. n. 162 del 2014, norma dichiarata incostituzionale con sentenza n. 77 del 2018 (nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe e gravi ragioni), la valutazione della fondatezza o meno del ricorso deve farsi con riferimento alla situazione normativa determinata dalla pronuncia di incostituzionalità, essendo irrilevante che la decisione impugnata o la stessa proposizione del ricorso siano anteriori alla pronuncia del giudice delle leggi, atteso che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di una norma retroagiscono alla data di introduzione nell'ordinamento del testo di legge dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Infine, con specifico riferimento al giudizio di rinvio, va segnalata **Sez. L, n. 06344/2019, Bellè, Rv. 653200-01**, secondo cui la denuncia del mancato rispetto da parte del giudice di rinvio del "decisum" della sentenza di cassazione concreta denuncia di "error in procedendo" per aver operato il giudice stesso in ambito eccedente i confini assegnati dalla legge ai suoi poteri di decisione, per la cui verifica la Corte di cassazione ha tutti i poteri del giudice del fatto in relazione alla ricostruzione dei contenuti della sentenza rescindente, la quale va equiparata al giudicato, con la conseguenza che la sua interpretazione deve essere assimilata all'interpretazione delle norme giuridiche.

Nel corso del 2019, non risulta massimata nessuna pronuncia concernente il vizio di **omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ex art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c.**, nel testo oramai non più in vigore dal 11 settembre 2012, e ciò sebbene risultino decisi ben 1.629 ricorsi iscritti nel 2012 (ovviamente, in via di finale definizione).

In questa sede – nel rinviare al par. 1, quanto alle pronunce concernenti la nuova formulazione della norma – può quindi opportunamente farsi riferimento a quelle decisioni in cui la S.C. si è impegnata a segnare il discrimine tra le varie ipotesi disciplinate dall'art. 360 c.p.c.

Così, **Sez. L, n. 26764/2019, Bellè, Rv. 655514-01**, ha statuito che nel caso in cui il giudice del merito abbia ritenuto, senza ulteriori precisazioni, che le circostanze dedotte per sorreggere una certa domanda (o eccezione) siano generiche ed inidonee a dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto stesso (o dell'eccezione), non può ritenersi sussistente né la violazione dell'art. 132 n. 4 c.p.c. per difetto assoluto di motivazione o motivazione apparente, né la violazione dell'art. 112 c.p.c. per omessa pronuncia. Qualora si assuma che una tale pronuncia comporti la mancata valorizzazione di fatti che si ritengano essere stati affermati dalla parte con modalità

sufficientemente specifiche, può ammettersi censura, da articolare nel rigoroso rispetto dei criteri di cui agli artt. 366 e 369 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., qualora uno o più dei predetti fatti integrino direttamente elementi costitutivi della fattispecie astratta e dunque per violazione della norma sostanziale, oppure ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c., per omesso esame di una o più di tali circostanze la cui considerazione avrebbe consentito, secondo parametri di elevata probabilità logica, una ricostruzione dell'accaduto idonea ad integrare gli estremi della fattispecie rivendicata.

In tema di protezione internazionale, è stato poi affermato da **Sez. 1, n. 03340/2019, Schirò, Rv. 652549-01**, che la valutazione in ordine alla credibilità del racconto del cittadino straniero costituisce un apprezzamento di fatto rimesso al giudice del merito, il quale deve valutare se le dichiarazioni del ricorrente siano coerenti e plausibili, ex art. 3, comma. 5, lettera c), del d.lgs. n. 251 del 2007. Tale apprezzamento di fatto è censurabile in cassazione solo ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., come omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, ovvero ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. come mancanza assoluta della motivazione, come motivazione apparente, come motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile, dovendosi escludere la rilevanza della mera insufficienza di motivazione e l'ammissibilità della prospettazione di una diversa lettura ed interpretazione delle dichiarazioni rilasciate dal richiedente, trattandosi di censura attinente al merito.

h) Ulteriori questioni procedurali. Riguardo al **termine per la proposizione del ricorso**, si segnala anzitutto **Sez. L, n. 00134/2019, Marchese, Rv. 652217-01**, secondo cui il termine di sessanta giorni di cui all'art. 1, comma 62, della l. n. 92 del 2012 - essendo soggetto ad una disciplina speciale, derogatoria delle disposizioni generali sul termine cd. breve di impugnazione, sulla quale non incide la modifica dell'art. 133, comma 2, c.p.c. introdotta dal d.l. n. 90 del 2014, conv. con modif. in l. n. 114 del 2014, nella parte in cui stabilisce che la comunicazione non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni - decorre dalla semplice comunicazione del provvedimento integrale, quale risultante dall'attestazione rilasciata dalla cancelleria con i dati estratti automaticamente dal registro informatico. Il che – secondo **Sez. L, n. 32263/2019, Boghetic, Rv. 656048-01**, che richiama sul punto i principi di ultrattività del rito e dell'apparenza – vale anche per il ricorso per cassazione avverso il provvedimento emesso nel giudizio rescissorio di rinvio.

In relazione alle opposizioni esecutive, **Sez. 1, n. 10212/2019, Marulli, Rv. 653634-01**, ha ribadito che l'art. 3 della l. n. 742 del 1969, che esclude dalla sospensione dei termini processuali nel periodo feriale le cause previste dall'art. 92 del r.d. n. 12 del 1941 e nel cui novero rientrano le opposizioni all'esecuzione, è applicabile anche al ricorso per cassazione, attenendo detto articolo alla natura della

controversia e ad ogni sua fase processuale, con la conseguenza che l'eventuale tardività ed inammissibilità del ricorso che abbia disatteso la norma va rilevata d'ufficio.

Interessante, quanto al *dies a quo*, è **Sez. L, n. 16421/2019, Arienzo, Rv. 654239-01**, che ha ribadito che la notifica della sentenza impugnata effettuata alla controparte a mezzo PEC è idonea a far decorrere il termine breve d'impugnazione nei confronti del destinatario ove il notificante provi di aver allegato e prodotto la copia cartacea del messaggio di trasmissione, delle ricevute di avvenuta consegna e di accettazione, della relata di notificazione nonché della copia conforme della sentenza, salvo che il destinatario della notifica non ne contesti la regolarità sotto uno o più profili.

Per quanto concerne la tematica della **successione nel processo di legittimità**, ove – com'è noto – non opera l'istituto dell'interruzione, stante il suo carattere officioso, meritano di essere segnalate **Sez. T, n. 19172/2019, Condello, Rv. 654752-01**, che ha ribadito che il successore a titolo universale può partecipare al giudizio pendente dinanzi alla Corte di cassazione mediante un atto d'intervento che dev'essere notificato alla controparte per assicurare il rispetto del contraddittorio, non essendo sufficiente il mero deposito dell'atto in cancelleria, stante l'esigenza di assicurare una forma simile a quella del ricorso e del controricorso, fermo restando che la nullità derivante dall'omissione della suddetta notificazione è sanata se le controparti costituite accettano il contraddittorio senza sollevare eccezioni. Nonché, **Sez. 3, n. 25423/2019, Positano, Rv. 655272-01**, che ha precisato come mancando, nel giudizio di cassazione, un'espressa previsione normativa che consenta al terzo di prendervi parte con facoltà di esplicitare difese, è inammissibile l'intervento di soggetti che non abbiano partecipato alle pregresse fasi di merito, fatta eccezione per il successore a titolo particolare nel diritto controverso, al quale tale facoltà deve essere riconosciuta ove non vi sia stata precedente costituzione del dante causa.

Nel caso in cui una sentenza sia stata impugnata con due successivi ricorsi per cassazione, ciascuno autonomo dall'altro, **Sez. T, n. 07233/2019, Di Marzio P., Rv. 653044-01**, ha affermato che il secondo è da considerarsi inammissibile ove da esso non possa desumersi la volontà di sostituire il nuovo difensore al precedente o di nominarne un altro in aggiunta.

Speculare è, invece, l'ipotesi della proposizione di un unico ricorso avverso una pluralità di sentenze. Sul tema, **Sez. 2, n. 21005/2019, Tedesco, Rv. 655189-01**, ha affermato che il ricorso così proposto è inammissibile, a meno che non ricorra, nelle decisioni gravate, l'identità delle parti coinvolte e delle questioni affrontate. Nello stesso senso, **Sez. 1, n. 32345/2019, Mercolino, Rv. 656439-01**. Infine, sul punto, va segnalata **Sez. T, n. 33895/2019, Reggiani, Rv. 656237-01**, che ha

ulteriormente precisato che la medesimezza delle questioni affrontate può anche essersi verificata in diverse fasi o gradi del giudizio (come nel caso della sentenza non definitiva oggetto di riserva di impugnazione e della successiva sentenza definitiva; della sentenza revocanda e di quella conclusiva del giudizio di revocazione; della sentenza di rinvio e di quella di rigetto della istanza di revocazione, allorché le due impugnazioni siano rivolte contro capi identici o almeno connessi delle due pronunzie, ovvero di sentenze di grado diverso pronunciate nella medesima causa, che investano l'una il merito e l'altra una questione pregiudiziale), mentre è inammissibile il ricorso per cassazione proposto, contestualmente e con un unico atto, contro sentenze diverse, pronunciate dal giudice del merito in procedimenti formalmente e sostanzialmente distinti, che concernano soggetti anch'essi parzialmente diversi.

Sotto altro versante, **Sez. 6-3, n. 20327/2019, D'Arrigo, Rv. 654847-01**, ha ribadito che la parte alla quale sia stato notificato un ricorso per cassazione e che abbia, a sua volta, notificato al ricorrente il controricorso, ha il potere, ove quest'ultimo abbia ommesso di depositare il ricorso e gli altri atti indicati nell'art. 369 c.p.c., di richiedere l'iscrizione a ruolo per far dichiarare l'improcedibilità; tale potere è compreso in quello di contraddire, riconosciuto dall'art. 370 c.p.c., e trova giustificazione nell'interesse del controricorrente a recuperare le spese ed ad evitare, mediante la dichiarazione di improcedibilità del ricorso, che il ricorrente possa riproporlo, ove non sia ancora decorso il termine per l'impugnazione.

Relativamente allo *ius postulandi*, le decisioni più interessanti adottate nel corso del 2019 sono senz'altro quelle concernenti la successione di Agenzia delle entrate-Riscossione alle società del Gruppo Equitalia, ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 193 del 2016, convertito in legge n. 225 del 2016. Come si ricorderà, un consistente numero di pronunce (Sez. T, n. 15869/2018, Castorina, Rv. 649219-01, nonché Sez. T, n. 28741/2018, Stalla, Rv. 651604-01 e 651604-02, e la precedente Sez. T, n. 28684/2018, Balsamo, non massimata, e ancora Sez. T, n. 33639/2018, Fichera, 651915-01), dopo aver premesso che l'estinzione "ope legis" delle società del c.d. "gruppo Equitalia" non determina la necessità di costituzione in giudizio del nuovo ente Agenzia delle Entrate-Riscossione, non costituendo successione nel processo ai sensi dell'art. 110 c.p.c., bensì successione nei rapporti giuridici controversi ex art. 111 c.p.c., ha statuito che quando il nuovo ente decida autonomamente di costituirsi nel giudizio di cassazione, con il patrocinio di un avvocato del libero foro, sussiste per esso l'onere, pena la nullità del mandato difensivo e dell'atto di costituzione su di esso basato, di indicare ed allegare le fonti del potere di rappresentanza ed assistenza di quest'ultimo, in alternativa al patrocinio per regola generale esercitato, salvo il caso di un conflitto di interessi, dall'avvocatura dello Stato.

Andando consolidandosi, anche nel 2019, detto orientamento, su alcuni aspetti della complessa questione è quindi intervenuto il legislatore, che con norma di interpretazione autentica dettata dall'art. 4-novies, del d.l. 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. "Decreto Crescita"), conv. in l. 28 giugno 2019, n. 58, così stabilisce: «Il comma 8 dell'articolo 1 del decreto-legge 22 ottobre 2016, n. 193, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° dicembre 2016, n. 225, si interpreta nel senso che la disposizione dell'articolo 43, quarto comma, del testo unico di cui al regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, si applica esclusivamente nei casi in cui l'Agenzia delle entrate-Riscossione, per la propria rappresentanza e difesa in giudizio, intende non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi a quest'ultima riservati su base convenzionale; la medesima disposizione non si applica nei casi di indisponibilità della stessa Avvocatura dello Stato ad assumere il patrocinio».

Nonostante detto intervento normativo, destinato a chiudere la questione del patrocinio autorizzato del nuovo ente, ma al contempo precisando che a tanto avrebbe dovuto giungersi già in forza del chiaro dettato normativo, **Sez. U, n. 30008/2019, De Stefano, Rv. 656068-01**, ha comunque affermato (enunciando il principio di diritto ai sensi dell'art. 363 c.p.c.) che ai fini della rappresentanza e difesa in giudizio, l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, impregiudicata la generale facoltà di avvalersi anche di propri dipendenti delegati davanti al tribunale ed al giudice di pace, si avvale: a) dell'Avvocatura dello Stato nei casi previsti come riservati ad essa dalla Convenzione intervenuta (fatte salve le ipotesi di conflitto e, ai sensi dell'art. 43, comma 4, r.d. n. 1611 del 1933, di apposita motivata delibera da adottare in casi speciali e da sottoporre all'organo di vigilanza), oppure ove vengano in rilievo questioni di massima o aventi notevoli riflessi economici; b) di avvocati del libero foro, senza bisogno di formalità, né della delibera prevista dall'art. 43, comma 4, r.d. cit. - nel rispetto degli articoli 4 e 17 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dei criteri di cui agli atti di carattere generale adottati ai sensi dell'art. 1, comma 5 del d.l. 193 del 2016, conv. in l. n. 225 del 2016 - in tutti gli altri casi ed in quelli in cui, pure riservati convenzionalmente all'Avvocatura erariale, questa non sia disponibile ad assumere il patrocinio. Quando la scelta tra il patrocinio dell'Avvocatura erariale e quello di un avvocato del libero foro discende dalla riconduzione della fattispecie alle ipotesi previste dalla Convenzione tra l'Agenzia e l'Avvocatura dello Stato o di indisponibilità di questa ad assumere il patrocinio, la costituzione dell'Agenzia a mezzo dell'una o dell'altro postula necessariamente ed implicitamente la sussistenza del relativo presupposto di legge, senza bisogno di allegazione e di prova al riguardo, nemmeno nel giudizio di legittimità.

Per quanto concerne la rinuncia al ricorso per cassazione, deve anzitutto segnalarsi **Sez. U, n. 34429/2019, Falaschi, Rv. 656485-01/02/03/04/05/06/07**, che ha ribadito il principio per cui, potendo detta rinuncia avvenire fino a che non

sia cominciata la relazione e, quindi, anche direttamente in udienza, essa risulta perfezionata nel caso in cui la controparte ne abbia comunque avuto conoscenza prima dell'inizio di quest'ultima, benchè non le sia stata notificata, e, trattandosi di atto unilaterale non "accettizio", produce l'estinzione del processo a prescindere dall'accettazione, che rileva solo ai fini delle spese.

Ancora, **Sez. T, n. 11033/2019, D'Oriano, Rv. 653545-01**, ha affermato che la rinuncia al ricorso per cassazione non è disciplinata dall'art. 306 c.p.c. e determina, pertanto, l'estinzione del giudizio anche in assenza di accettazione, considerato che, peraltro, comportando il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, fa venire meno l'interesse a contrastare il ricorso. Nello stesso senso, sostanzialmente, **Sez. 1, n. 13923/2019, Scalia, Rv. 654263-01**.

Sul tema della produzione documentale, va qui segnalata **Sez. 6-3, 11599/2019, D'Arrigo, Rv. 653800-01**, che ha ribadito che in tema di giudizio per cassazione, l'onere del ricorrente, di cui all'art. 369, comma 2, n. 4, c.p.c., come modificato dall'art. 7 del d.lgs. n. 40 del 2006, di produrre, a pena di improcedibilità del ricorso, "gli atti processuali, i documenti, i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda" è soddisfatto, sulla base del principio di strumentalità delle forme processuali, quanto agli atti e ai documenti contenuti nel fascicolo di parte, anche mediante la produzione del fascicolo nel quale essi siano contenuti e, quanto agli atti e ai documenti contenuti nel fascicolo d'ufficio, mediante il deposito della richiesta di trasmissione presentata alla cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, munita di visto ai sensi dell'art. 369, comma 3, c.p.c., ferma, in ogni caso, l'esigenza di specifica indicazione, a pena di inammissibilità ex art. 366, n. 6, c.p.c., degli atti, dei documenti e dei dati necessari al reperimento degli stessi.

Ancora, **Sez. L, n. 06255/2019, Garri, Rv. 653178-01**, ha affermato che l'onere di depositare i contratti e gli accordi collettivi - imposto, a pena di improcedibilità del ricorso, dall'art. 369, comma 2, n. 4, c.p.c., nella formulazione di cui al d.lgs. n. 40 del 2006 - può dirsi soddisfatto solo con la produzione del testo integrale del contratto collettivo, adempimento rispondente alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione e necessario per l'applicazione del canone ermeneutico previsto dall'art. 1363 c.c.; né, a tal fine, può considerarsi sufficiente il mero richiamo, in calce al ricorso, all'intero fascicolo di parte del giudizio di merito, ove manchi una puntuale indicazione del documento nell'elenco degli atti.

Infine, va qui segnalata **Sez. 1, n. 15712/2019, Di Marzio M., Rv. 654424-01**, secondo cui il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notificazione, di copia della decisione impugnata priva della certificazione di conformità all'originale non determina l'improcedibilità del ricorso per cassazione ove il ricorrente produca la predetta certificazione con la nota di deposito ex art. 372 c.p.c.

Quanto ai poteri della Corte di cassazione, va anzitutto segnalata **Sez. U, n. 20181/2019, Genovese, Rv. 654876-01**, che ha affermato che qualora sia denunciato un "error in procedendo", la Corte di cassazione è anche giudice del fatto ed ha il potere di esaminare direttamente gli atti di causa. Poiché, però, il predetto vizio non è rilevabile "ex officio", e non potendo la Corte ricercare e verificare autonomamente i documenti interessati dall'accertamento, è necessario che il ricorrente non solo indichi gli elementi individuanti e caratterizzanti il "fatto processuale" di cui richiede il riesame, ma anche che illustri la corretta soluzione rispetto a quella erronea praticata dai giudici di merito, in modo da consentire alla Corte investita della questione, secondo la prospettazione alternativa del ricorrente, la verifica della sua esistenza e l'emenda dell'errore denunciato. In senso sostanzialmente conforme, si vedano **Sez. L, n. 20924/2019, Di Paolantonio, Rv. 654799-01**, nonché **Sez. 6-1, n. 23834/2019, Iofrida, Rv. 655419-01**, che ha ribadito come detto potere presupponga, comunque, che la censura proposta ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., superi il vaglio di ammissibilità.

Assai interessante, sul tema dei poteri della S.C., è **Sez. 1, n. 27542/2019, Genovese, Rv. 655774-01**, secondo cui l'esatta qualificazione giuridica delle questioni dedotte in giudizio - sostanziali, attinenti al rapporto, o processuali, attinenti all'azione e all'eccezione - può essere operata, anche d'ufficio, dalla Corte di cassazione, nell'esercizio dell'istituzionale potere di censura degli errori di diritto, ove le circostanze a tal fine rilevanti siano state compiutamente prospettate nella pregressa fase di merito dalla parte interessata.

La questione della tempestività o meno dell'appello incidentale, benché non prospettata nel giudizio di secondo grado, secondo **Sez. U, n. 16979/2019, Carrato, Rv. 654370-01**, non determina una preclusione processuale nella deduzione della stessa con il ricorso per cassazione, potendo essere eccepita o rilevata d'ufficio per la prima volta anche in sede di legittimità.

Ancora, **Sez. L, n. 29880/2019, Bellè, Rv. 655857-01**, ha statuito che per palesi ragioni di economia e ragionevole durata del processo, la fondatezza di motivi preliminari (di rito o di merito) da cui deriverebbe la necessità di una pronuncia, precedentemente mancata, su profili consequenziali (sempre di merito), non può portare all'accoglimento del ricorso e alla cassazione della sentenza impugnata ogni qual volta il diritto ultimo rivendicato sia comunque giuridicamente insussistente; in tali evenienze il giudizio di legittimità va comunque definito, previa correzione ex art. 384 c.p.c. della motivazione assunta nella sentenza impugnata, con la reiezione del ricorso interessato da tale dinamica processuale.

Nella medesima ottica, **Sez. L, n. 06145/2019, Bellè, Rv. 653076-01**, ha statuito che ove si denunci il vizio di motivazione della sentenza, perché meramente apparente, in violazione dell'art. 132 c.p.c., il ricorso non può essere accolto qualora

la questione giuridica sottesa sia comunque da disattendere, non essendovi motivo per cui un tale principio, formulato rispetto al caso di omesso esame di un motivo di appello, e fondato sui principi di economia e ragionevole durata del processo, non debba trovare applicazione anche rispetto al caso, del tutto assimilabile, in cui la motivazione resa dal giudice dell'appello sia, rispetto ad un dato motivo, sostanzialmente apparente, ma suscettibile di essere corretta ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

Ancora, **Sez. 2, n. 10839/2019, Sabato, Rv. 653636-01**, ha statuito che la Corte di cassazione, ove sussistano cause che impongono di disattendere il ricorso, è esentata, in applicazione del principio della "ragione più liquida", dall'esaminare le questioni processuali concernenti la regolarità del contraddittorio o quelle che riguardano l'esercizio di attività defensionali delle parti poiché, se anche i relativi adempimenti fossero necessari, la loro effettuazione sarebbe ininfluyente e lesiva del principio della ragionevole durata del processo.

Relativamente al governo del procedimento, va segnalata **Sez. 1, n. 17603/2019, Pazzi, Rv. 654429-01**, che ha ribadito come i ricorsi per cassazione proposti contro sentenze che, integrandosi reciprocamente, definiscono un unico giudizio (come, nella specie, la sentenza non definitiva e quella definitiva) vanno preliminarmente riuniti, trattandosi di un caso assimilabile a quello - previsto dall'articolo 335 c.p.c. - della proposizione di più impugnazioni contro una medesima sentenza.

Nell'ipotesi di cassazione con decisione nel merito, secondo **Sez. 2, n. 24852/2019, Cosentino, Rv. 655262-01**, non è mai ammissibile una pronuncia di restituzione delle somme corrisposte sulla base della sentenza cassata, in quanto per tale domanda accessoria non opera, in mancanza di espressa previsione, l'eccezione al principio generale secondo cui alla S.C. compete solo il giudizio rescindente, sicché detta istanza, ove il pagamento sia avvenuto sulla base della sentenza annullata, va proposta al giudice di merito che l'ha accolta, a norma dell'art. 389 c.p.c.

In relazione alle formule decisorie adottabili dalla S.C., **Sez. L, n. 11540/2019, Calafiore, Rv. 653828-01**, ha ribadito che in presenza della dichiarazione del debitore di avvalersi della definizione agevolata con impegno a rinunciare al giudizio ai sensi dell'art. 6 del d.l n. 193 del 2016, conv. con modif. in l. n. 225 del 2016, cui sia seguita la comunicazione dell'esattore ai sensi del comma 3 di tale norma, il giudizio di cassazione deve essere dichiarato estinto, ex art. 391 c.p.c., rispettivamente per rinuncia del debitore, qualora egli sia ricorrente, ovvero perché ricorre un caso di estinzione "ex lege", qualora sia resistente o intimato; in entrambe le ipotesi, peraltro, deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere qualora risulti, al momento della decisione, che il debitore abbia anche provveduto al pagamento integrale del debito rateizzato.

Interessante è anche **Sez. 6-2, n. 11737/2019, Criscuolo, rv. 653510-02**, che ha precisato che la pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione che rigetti o dichiari inammissibile il ricorso avverso la pronuncia che ha definito il giudizio presupposto determina "ipso facto" il passaggio in giudicato di tale pronuncia, senza che rilevi la pendenza del termine per impugnare la sentenza della Corte Suprema per revocazione, come previsto dall'art. 391-bis, comma 5, c.p.c., norma tutt'ora vigente, non essendo stata modificata sul punto nè dal d.lgs n. 40 del 2006, nè dal d.l. n. 168 del 2016 e dalla relativa legge di conversione n. 197 del 2016.

In relazione all'errore materiale contenuto nelle pronunce della S.C., va anzitutto segnalata **Sez. 6-3, n. 00668/2019, Rossetti, Rv. 652679-01**, secondo cui il contrasto tra formulazione letterale del dispositivo di una pronuncia della Corte di cassazione e quanto dichiarato in motivazione, non incidendo sull'idoneità del provvedimento, considerato complessivamente nella totalità delle sue componenti testuali, a rendere conoscibile il contenuto della statuizione giudiziale, non integra un vizio attinente alla portata concettuale e sostanziale della decisione, bensì un errore materiale, correggibile ai sensi degli artt. 287 e 391-bis c.p.c., trattandosi di ovviare ad un difetto di corrispondenza tra l'ideazione del giudice e la sua materiale rappresentazione grafica, rilevabile "ictu oculi" dal testo del provvedimento, senza che venga in rilievo un'inammissibile attività di specificazione o di interpretazione della sentenza di legittimità.

Sez. 6-2, n. 02486/2019, Carrato, Rv. 652387-01, ha poi statuito che l'errore di calcolo, emendabile ai sensi dell'art. 287 c.p.c., consiste in un'erronea utilizzazione delle regole matematiche sulla base di presupposti numerici, individuazione ed ordine delle operazioni da compiere esattamente determinati e non contestati. Pertanto, non vi rientra la dedotta erronea individuazione del termine di decorrenza dell'impugnazione che abbia condotto alla dichiarazione di inammissibilità di un gravame, poiché tale ipotesi è riconducibile ad un possibile "error in iudicando", non emendabile con il procedimento di correzione ex art. 391-bis c.p.c.

Ancora, **Sez. 1, n. 18821/2019, Nazzicone, Rv. 654548-01**, ha statuito che nel procedimento per correzione di errore materiale, ove la parte non ricorrente si costituisca, resistendo all'istanza di correzione e questa venga disposta, deve provvedersi alla liquidazione delle spese di lite poiché, contrariamente a quel che avviene nel caso contrario, la parte, all'esito del procedimento, è divenuta tecnicamente parte soccombente.

Infine, sul tema, **Sez. 6-2, n. 30651/2019, Criscuolo, Rv. 655847-01**, ha precisato che la presentazione di un'istanza volta a sollecitare il potere della Corte di cassazione di emendare, d'ufficio, gli errori materiali, ex art. 391-bis c.p.c., non equivale al deposito di un ricorso; ne deriva che, per effetto del rinvio all'art. 380-bis, commi 1 e 2, contenuto nello stesso art. 391-bis, nonché della disciplina generale

della correzione dell'errore materiale di cui all'art. 288 c.p.c., a fronte della fissazione dell'udienza camerale, le parti hanno la possibilità di depositare memorie e non anche di proporre controricorso.

Assai interessante è **Sez. 3, n. 02343/2019, Dell'Utri, Rv. 652660-01**, che ha ribadito che nel giudizio di cassazione, la querela di falso è proponibile limitatamente ad atti del relativo procedimento, come il ricorso o il controricorso, ovvero a documenti producibili ai sensi dell'art. 372 c.p.c., mentre non può riguardare atti e documenti che il giudice di merito abbia posto a fondamento della sentenza impugnata, in quanto la loro eventuale falsità, se definitivamente accertata nella sede competente, può essere fatta valere come motivo di revocazione. Pertanto, essa può riguardare anche la nullità della sentenza impugnata, con riferimento ai soli vizi della sentenza stessa per mancanza dei suoi requisiti essenziali, di sostanza o di forma, e non anche ove essa sia originata, in via mediata e riflessa, da vizi del procedimento, ovvero dalla eventuale falsità dei documenti posti a base della decisione del giudice di merito.

Relativamente al regime delle spese, si segnala in primo luogo **Sez. 3, n. 30728/2019, Guizzi, Rv. 656226 - 01**, secondo cui ove le parti definiscano la controversia con un accordo convenzionale, domandando la cessazione della materia del contendere, la S.C. dispone la compensazione integrale delle spese, anche a prescindere da una espressa richiesta in tal senso delle parti medesime, poiché pure il loro silenzio sul punto deve essere inteso come invito alla Corte di cassazione ad astenersi "dall'individuare chi sarebbe stato soccombente".

Riguardo alla responsabilità processuale aggravata, **Sez. U, n. 18079/2019, Scarano, Rv. 654442-01**, ha affermato che la proposizione di un ricorso per cassazione - che, a differenza di quello per regolamento di giurisdizione, non sospende il processo né impedisce l'esecuzione della sentenza d'appello, anche se infondato e meramente dilatorio - non può essere produttiva del danno processuale previsto dall'art. 96 c.p.c., dato che la parte avversaria non è costretta ad attendere l'esito del giudizio di impugnazione e può nel frattempo soddisfare le proprie pretese mettendo in esecuzione la sentenza di merito, sempre che non si verta in una di quelle particolari ipotesi nelle quali la sentenza può essere eseguita dopo il suo passaggio in cosa giudicata.

Infine, sul tema, **Sez. 6-3, n. 17814/2019, Rossetti, Rv. 654845-01**, ha precisato che l'art. 385, comma 4, c.p.c. (applicabile *ratione temporis*) richiede la sussistenza quanto meno della colpa grave, della quale, in caso di soccombenza della parte ricorrente, costituisce di per sé indice la proposizione di un ricorso dai contenuti estremamente distanti dal diritto vivente e dai precetti del codice di rito, come costantemente e pacificamente interpretati dalle Sezioni Unite.

Avuto poi riguardo al regime di cui all'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, l. n. 228 del 2012, va anzitutto segnalata, perché attinente al piano generale, **Sez. L, n. 29424/2019, Bellè, Rv. 655711-01**, secondo cui la declaratoria della sussistenza dei presupposti per il versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in ragione dell'integrale rigetto, inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione, non ha natura di condanna - non riguardando l'oggetto del contendere tra le parti in causa - bensì la funzione di agevolare l'accertamento amministrativo; pertanto, tale dichiarazione non preclude la contestazione nelle competenti sedi da parte dell'amministrazione ovvero del privato, ma non può formare oggetto di impugnazione (donde, l'inammissibilità del motivo di ricorso tendente a censurare la statuizione di condanna al raddoppio del contributo per ammissione al gratuito patrocinio).

Diverse pronunce hanno affrontato la questione del raddoppio ove il ricorrente soccombente (principale o incidentale) sia stato ammesso al patrocinio a spese dello Stato. Così, **Sez. 1, n. 09660/2019, Terrusi, Rv. 653689-01**, discostandosi dal precedente orientamento (per tutte, **Sez. 6-T, n. 07368/2017, Napolitano, Rv. 643484-01**), ha affermato che il versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, ha natura di obbligazione tributaria "ex lege" che deriva dal rigetto, dalla dichiarazione di improcedibilità o di inammissibilità dell'impugnazione con la conseguenza che il relativo provvedimento della Corte di cassazione ha natura meramente ricognitiva, essendo irrilevante l'eventuale ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato, trattandosi di circostanza che preclude l'esperimento di un'azione di recupero e consistendo l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale nella mera annotazione, a cura della cancelleria, dell'importo nel foglio notizie e nel registro di cui agli artt. 280 e 161 del d.P.R. n. 115 del 2002. Nello stesso senso, **Sez. 1, n. 27867/2019, Terrusi, Rv. 655780-01**.

Si pone in contrasto con detto ultimo orientamento, richiamando invece quello precedente, **Sez. T, n. 22646/2019, D'Aquino, Rv. 655049-01**, secondo cui in tema di patrocinio a spese dello Stato, il rigetto dell'impugnazione preclude la condanna del ricorrente, come obbligato "ex lege", al versamento del doppio del contributo unificato ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, in quanto il recupero delle spese anticipate impone il previo assolvimento dell'onere di annotare a debito, nei registri del campione civile, la previsione del raddoppio del contributo: formalità che, ai sensi dell'art. 136, comma 3, del cit. d.P.R., non può applicarsi retroattivamente in caso di revoca del beneficio per mutamento delle condizioni soggettive del destinatario, né può segnalarsi in sede di riscossione l'eventuale erroneità dell'indicazione di sussistenza dei presupposti per

l'assoggettabilità all'obbligo di versamento, ponendosi tale ricostruzione in contrasto con l'art. 6 della CEDU, con riguardo ai tempi ragionevoli del processo ed al principio dell'esame equo della controversia, nonché con l'art. 47 della Carta fondamentale dell'Unione Europea.

Infine, **Sez. T, n. 01343/2019, Cavallari, Rv. 652317-01**, secondo cui la condanna al versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, non può essere adottata nei confronti del ricorrente incidentale tardivo, il cui gravame abbia perso efficacia ex art. 334, comma 2, c.p.c., trattandosi di una sanzione conseguente alle sole declaratorie di infondatezza nel merito ovvero di inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione.

4. Il giudizio di rinvio.

Numerose pronunce, infine, hanno riguardato il giudizio di rinvio. Di seguito le più significative.

Anzitutto, si pone in linea con consolidato orientamento **Sez. 6-L, n. 00167/2019, Doronzo, Rv. 652229-01**, secondo cui nell'ipotesi di cassazione con rinvio innanzi al giudice di primo ed unico grado, la sentenza del giudice di rinvio (salvo il caso di rinvio cd. restitutorio) è impugnabile in via ordinaria solo con ricorso per cassazione, senza che rilevi l'intervenuta modifica, sopravvenuta nelle more, del regime di impugnabilità della decisione cassata, atteso che il giudizio di rinvio conseguente a cassazione, pur dotato di autonomia, non dà luogo ad un nuovo procedimento, ma rappresenta una fase ulteriore di quello originario. Nello stesso senso, sostanzialmente, **Sez. 6-L, n. 29125/2019, Spena, Rv. 655726-01**.

Analogamente, **Sez. 1, n. 00636/2019, Marulli, Rv. 652396-01**, ha ribadito che il giudice del rinvio è investito della controversia nei limiti segnati dalla decisione di legittimità relativamente alle questioni da essa decise e non può, quindi, riesaminare gli antecedenti logici e giuridici delle stesse. Ne consegue che il giudice di rinvio, in virtù del "dictum" della Corte remittente sulla censura di contraddittorietà di un lodo arbitrale in quanto tenuto ad accertare se, nel risarcimento del danno da risoluzione, si fosse tenuto conto delle anticipazioni effettuate dal committente alla ditta appaltatrice ha, correttamente, ritenuto assorbite, nel rispetto del "thema decidendum" e del giudicato implicito, le questioni sollevate sulla tardività delle riserve e sul quantum risarcitorio.

Ancora, **Sez. T, n. 04070/2019, Zoso, Rv. 652593-01**, ha ribadito che in caso di cassazione con rinvio, il giudice di merito, se è tenuto ad uniformarsi al principio di diritto enunciato dalla Corte per le questioni già decise, per gli altri aspetti della controversia rimasti impregiudicati o non definiti nelle precorse fasi del giudizio deve esaminare "ex novo" il fatto della lite e pronunciarsi su tutte le eccezioni

sollevate e pretermesse nei precedenti stati processuali, indipendentemente dalla relativa riproposizione, senza che rilevi l'eventuale contumacia della parte interessata, che non può implicare rinuncia o abbandono delle richieste già specificamente rassegnate od acquisite al giudizio; ne consegue che dalla contumacia della parte nel giudizio di rinvio non può derivare la rinuncia alle domande riproposte nel grado di appello e, pertanto, non sussiste alcuna preclusione da giudicato interno.

Così, più specificamente, **Sez. 1, n. 16506/2019, Tricomi, Rv. 654277-01**, ha affermato che nel giudizio di rinvio ex art. 392 e ss. c.p.c. riassunto dall'appellato, la declaratoria di contumacia dell'originario appellante non comporta l'improcedibilità dell'appello originario, nè il passaggio in giudicato nei suoi confronti della sentenza di primo grado.

Sez. 2, n. 05137/2019, Bellini, Rv. 652698-01, ha confermato che la riassunzione della causa - a seguito di cassazione della sentenza - dinanzi al giudice di rinvio instaura un processo chiuso, nel quale è preclusa alle parti, tra l'altro, ogni possibilità di presentare nuove domande, eccezioni, nonché conclusioni diverse, salvo che queste, intese nell'ampio senso di qualsiasi attività assertiva o probatoria, siano rese necessarie da statuizioni della sentenza della Corte di cassazione. Conseguentemente, nel giudizio di rinvio non possono essere proposti dalle parti, né presi in esame dal giudice, motivi di impugnazione differenti da quelli che erano stati formulati nel giudizio di appello conclusosi con la sentenza cassata e che continuano a delimitare, da un lato, l'effetto devolutivo dello stesso gravame e, dall'altro, la formazione del giudicato interno.

Assai interessante, perché tendente ad una ricostruzione sistematica dei poteri del giudice di rinvio, è **Sez. L, n. 27337/2019, Amendola F., Rv. 655553-01**, che ha ribadito che i limiti dei poteri attribuiti al predetto giudice sono diversi a seconda che la sentenza di annullamento abbia accolto il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, ovvero per vizi di motivazione in ordine a punti decisivi della controversia, ovvero per l'una e per l'altra ragione: nella prima ipotesi, il giudice di rinvio è tenuto soltanto ad uniformarsi, ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c., al principio di diritto enunciato dalla sentenza di cassazione, senza possibilità di modificare l'accertamento e la valutazione dei fatti acquisiti al processo; nella seconda ipotesi, il giudice non solo può valutare liberamente i fatti già accertati, ma può anche indagare su altri fatti, ai fini di un apprezzamento complessivo in relazione alla pronuncia da emettere in sostituzione di quella cassata, tenendo conto, peraltro, delle preclusioni e decadenze già verificatesi; nella terza ipotesi, la *potestas iudicandi* del giudice di rinvio, oltre ad estrinsecarsi nell'applicazione del principio di diritto, può comportare la valutazione "ex novo" dei fatti già acquisiti, nonché la valutazione di altri fatti, la cui acquisizione sia consentita in base alle direttive

impartite dalla Corte di cassazione e sempre nel rispetto delle preclusioni e decadenze pregresse.

Peculiare è **Sez. 1, n. 11178/2019, Campese, Rv. 653954-01**, secondo cui - in relazione ad un giudizio riguardante l'attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio - la cassazione della pronuncia impugnata con rinvio per un vizio di violazione o falsa applicazione di legge che reimposti in virtù di un nuovo orientamento interpretativo i termini giuridici della controversia così da richiedere l'accertamento di fatti, intesi in senso storico e normativo, non trattati dalle parti e non esaminati dal giudice del merito, impone, perché si possa dispiegare effettivamente il diritto di difesa, che le parti siano rimesse nei poteri di allegazione e prova conseguenti alle esigenze istruttorie conseguenti al nuovo principio di diritto da applicare in sede di giudizio di rinvio.

Ancora, **Sez. 2, n. 23324/2019, Tedesco, Rv. 655251-01**, ha statuito che ove la sentenza di merito sia stata cassata con rinvio per mancata integrità del contraddittorio, dichiarando la nullità del procedimento e della sentenza, il giudice di rinvio, integrato il contraddittorio nei confronti della parte o delle parti pretermesse, è investito del potere - dovere di riesaminare la causa nel merito, nell'ambito di un giudizio nel quale le parti sono libere di svolgere tutte le difese e le argomentazioni ritenute adeguate nei limiti delle impugnazioni proposte.

Ove invece la sentenza di merito sia stata cassata per difetto di motivazione, secondo **Sez. 1, n. 08971/2019, Nazzicone, Rv. 653467-01**, il giudice di rinvio - nel caso in cui sia richiesta l'indagine e l'esame dei fatti pretermessi nel provvedimento annullato - pur godendo di ampia libertà di apprezzamento, non può dissentire sulla decisività dei fatti indicati dalla Corte di cassazione, avuto riguardo alla formulazione sia del "vecchio", che del "nuovo" art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c.

Per quanto concerne la riassunzione, **Sez. 2, n. 05741/2019, Criscuolo, Rv. 652770-01**, ha affermato che l'onere della riassunzione del giudizio di rinvio non implica che vi debbano provvedere, separatamente e distintamente, tutte le parti interessate alla prosecuzione, tenuto conto del carattere non impugnatorio, ma di mero impulso, dell'atto di riassunzione e del litisconsorzio necessario processuale nel giudizio di rinvio fra le stesse parti di quello di cassazione, con la conseguenza che, una volta avvenuta la detta riassunzione ad opera di una delle parti, le altre possono ritualmente assumere le conclusioni di merito di cui all'art. 394, comma 3, c.p.c. anche mediante comparsa e pur dopo la scadenza per esse del termine annuale previsto per la medesima riassunzione. Il giudice del rinvio è, quindi, tenuto a riesaminare "ex novo" la controversia, nel rispetto del principio di diritto formulato dalla cassazione, per gli aspetti rimasti impregiudicati o non definiti nei precedenti

gradi, senza che assuma rilievo l'eventuale contumacia della parte, che non implica rinuncia od abbandono delle richieste già specificamente rassegnate od acquisite.

Ancora, va segnalata **Sez. T. n. 11430/2019, Fraulini, Rv. 653669-01**, secondo cui ai fini della riassunzione del giudizio in sede di rinvio è necessario il conferimento di una nuova procura alle liti in favore del difensore che abbia già assistito la parte nel solo giudizio di legittimità, atteso che, per un verso, il giudizio di rinvio si configura quale prosecuzione non del giudizio di cassazione, ma di quello di primo o di secondo grado culminato nella sentenza cassata, e, per un altro, il mandato conferito per il giudizio di legittimità, in quanto speciale, non può estendere i propri effetti anche alla successiva fase di rinvio.

Infine, con specifico riferimento al processo tributario, **Sez. T, n. 29976/2019, Pepe, Rv. 655921-01**, ha ribadito che nel giudizio di rinvio, ai sensi degli artt. 63 del d.lgs. n. 546 del 1992, 125 disp. att. c.p.c., 392 e 394 c.p.c., l'atto di riassunzione non opera come nuova impugnazione, ma quale mero impulso processuale volto a riattivare la prosecuzione del giudizio conclusosi con la sentenza cassata, ricollocando le parti nella posizione che già avevano, sicché le sue carenze possono sicuramente essere colmate grazie all'istituto della sanatoria, sia pure con effetto "ex nunc".

Assai interessante, sotto altro versante, è **Sez. 3, n. 06326/2019, Valle, Rv. 653121-02**, secondo cui nell'ipotesi in cui la cassazione della sentenza impugnata sia avvenuta ai sensi dell'art. 383, comma 4, c.p.c. (ossia, nei casi di cui agli artt. 348-bis e 348-ter c.p.c.), il rinvio assume carattere meramente restitutorio e giustifica pertanto la designazione, ai fini del nuovo esame della causa, dello stesso giudice che ha pronunciato l'ordinanza d'inammissibilità dell'appello e che avrebbe dovuto invece pronunciare sull'appello, senza vincolo di diversa composizione.

Di particolare importanza, infine, sono una serie di pronunce adottate dalla Sez. 3 sul tema del giudizio di rinvio dinanzi alla corte d'appello civile nel caso venga disposta la cassazione della sentenza penale ai soli effetti civili, ex art. 622 c.p.p.

Così, **Sez. 3, n. 15859/2019, Tatangelo, Rv. 654290-01**, ha affermato che nel giudizio civile di rinvio ex art. 622 c.p.p. si determina una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile, sicché il giudice civile di appello competente per valore, cui la Corte di cassazione in sede penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, applica le regole processuali e probatorie proprie del processo civile e, conseguentemente, adotta, in tema di **nesso eziologico** tra condotta ed evento di danno, il criterio causale del "più probabile che non" e non quello penalistico dell'alto grado di probabilità logica, anche a prescindere dalle contrarie indicazioni eventualmente contenute nella sentenza penale di rinvio. Ancora, **Sez. 3, n. 16916/2019, Dell'Utri, Rv. 654433-01**, disattendendo risalente orientamento (Sez. 3, n. 13068/2004, Perconte Licatense, Rv. 574569-01), ha affermato che ciò vale

anche riguardo alle dichiarazioni rese quale testimone nel procedimento penale dalla parte offesa, sicché non è consentita l'"utilizzazione", alla stregua di una testimonianza, delle dichiarazioni stesse, dovendo trovare applicazione, viceversa, il divieto sancito dall'art. 246 c.p.c. di assumere come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che ne potrebbe legittimare la partecipazione al giudizio, fermo restando che le medesime dichiarazioni, potendo costituire fonte di convincimento ai fini della decisione, sono liberamente valutabili dal giudice, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti nell'ambito delle complessive risultanze istruttorie.

Allo stesso modo, proprio facendo seguito alle medesime premesse, **Sez. 3, n. 25917/2019, Fiecconi, Rv. 655376-02**, ha affermato che il giudice civile d'appello in sede di rinvio, ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo e oggettivo dell'illecito ex art. 2043 c.c., applica i criteri di accertamento della responsabilità civile, i quali non sono sovrapponibili ai più rigorosi canoni di valutazione penalistici, funzionali all'esercizio della potestà punitiva statale.

Infine, riguardo ai poteri d'iniziativa della parte civile che abbia agito infruttuosamente in sede penale, **Sez. 3, n. 25918/2019, Fiecconi, Rv. 655377-01**, ha affermato che nel giudizio di rinvio disposto dal giudice di legittimità ai sensi dell'art. 622 c.p.p. in seguito ad annullamento della sentenza penale per i soli effetti civili, il contenuto della domanda della parte civile non può essere ridotto o ampliato, né il giudice del rinvio può ammettere domande nuove volte ad ottenere la liquidazione del danno, ove in sede penale la parte civile abbia chiesto solamente una condanna generica, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 539 c.p.p., riflettente la fattispecie di cui all'art. 278 c.p.c. relativa alla pronuncia non definitiva con riserva al prosieguo per la liquidazione dei danni.

CAPITOLO XV

IL RICORSO STRAORDINARIO PER CASSAZIONE E L'ENUNCIAZIONE DEL PRINCIPIO DI DIRITTO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE

(DI ELEONORA REGGIANI E RAFFAELE ROSSI)*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. I motivi di ricorso straordinario per cassazione e i termini di proposizione – 3. Le decisioni escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost. – 4. I requisiti dei provvedimenti impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione – 5. Le ordinanze sul reclamo in materia cautelare – 6. Le statuizioni sulla richiesta di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite – 7. I provvedimenti nel procedimento di accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c. – 8. Le statuizioni nel processo sommario di cognizione – 9. Il rigetto dell'istanza di correzione di errori materiali – 10. La sanzione pecuniaria ex art. 283, comma 2, c.p.c. – 11. L'ordinanza che concede o nega l'esecuzione provvisoria al decreto ingiuntivo opposto – 12. I provvedimenti del giudice tutelare – 13. Alcuni provvedimenti in materia di adozione – 14. Particolari statuizioni in tema di protezione internazionale – 15. L'ordinanza sul reclamo della revoca dell'amministratore di condominio e altri provvedimenti non impugnabili – 16. I provvedimenti del giudice dell'esecuzione – 17. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere – 18. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge – 19. La richiesta del Procuratore Generale – 20. Il potere officioso della Corte.

1. Premessa.

Com'è noto, l'art. 111, comma 7, Cost., contiene una norma dalla portata immediatamente precettiva, nella parte in cui prevede che «*Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge*».

È chiara la rilevanza costituzionale attribuita al controllo di legalità svolto dalla S.C. sull'operato dei giudici di merito a garanzia dei diritti individuali.

Anche in queste ipotesi, come nei casi di ricorso ordinario per cassazione, lo *ius constitutionis* si attua per il tramite dello *ius litigatoris*.

Il solo *ius constitutionis* è invece esaltato nella disciplina contenuta nell'art. 363 c.p.c. (così come sostituito dall'art. 4 del d.lgs. n. 40 del 2006), in forza della quale è consentito alla S.C. di enunciare il principio di diritto, su richiesta del P.G. e in alcuni casi anche d'ufficio, senza però che tale pronuncia abbia effetto nel giudizio di merito che ha dato occasione alla pronuncia. Viene, in questo caso, potenziata la pura funzione di garanzia dell'uniforme applicazione del diritto, attribuita alla S.C. dall'art. 65 del r.d. n. 12 del 1941, che, prescindendo completamente dalla tutela

* Eleonora Reggiani ha redatto i paragrafi da 1 a 15 e Raffaele Rossi i paragrafi da 16 a 20.

delle parti coinvolte nel processo, si sostanzia nella stessa enunciazione del principio.

Entrambi gli istituti verranno esaminati nei successivi paragrafi, così come interpretati ed applicati dalla Corte di cassazione nell'anno in rassegna.

2. I motivi di ricorso straordinario per cassazione e i termini di proposizione.

In virtù dell'art. 111, comma 7, Cost., il ricorso straordinario per cassazione è ammesso contro le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale *«per violazione di legge»*.

L'art. 2 del d.lgs. n. 40 del 2006, nel sostituire l'art. 360 c.p.c., ha introdotto all'ultimo comma la precisazione per la quale il ricorso straordinario per cassazione si può proporre per gli stessi motivi previsti per il ricorso ordinario (*«Le disposizioni di cui al primo comma e terzo comma si applicano alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge»*).

In ordine alle modalità di proposizione del ricorso straordinario per cassazione, **Sez. 6-2, n. 16938/2019, Sabato, Rv. 654345-01**, ha ribadito che quest'ultimo deve essere presentato secondo la disciplina generale di cui al penultimo comma dell'art. 111 Cost. (v. oggi l'art. 360, ultimo comma, c.p.c.), con applicazione del termine di sessanta giorni di cui all'art. 325, comma 2, c.p.c. decorrente dalla data della notificazione del provvedimento all'interessato o, in mancanza, entro il termine di decadenza dell'art. 327 c.p.c., precisando che la comunicazione da parte della cancelleria del testo integrale del provvedimento depositato non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'art. 325 c.p.c., così come chiarito dalla novellazione dell'art. 133, comma 2, c.p.c., operata con l'art. 45, comma 1, lett. b), d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., in l. n. 114 del 2014.

3. Le decisioni escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che alcune categorie di decisioni debbano ritenersi senz'altro escluse dall'ambito di applicazione del ricorso cd. straordinario per cassazione.

In particolare, la S.C. ha più volte precisato che non è ammesso il ricorso *ex art.* 111, comma 7, Cost. contro le decisioni emanate dagli organi dotati di autodichia.

Nell'anno in rassegna, le Sezioni Unite hanno ribadito tale principio con riferimento alle controversie riguardanti gli assegni vitalizi agli *ex* parlamentari.

Nel rilevare che tali controversie riguardano norme di "diritto singolare", poste a presidio della peculiare posizione di autonomia, riconosciuta al Parlamento e ai

suoi componenti dagli artt. 64, comma 1, 66 e 68 Cost., le Sezioni Unite hanno affermato che la relativa cognizione spetta agli organi di autodichia, i quali sono “interni” all’organo costituzionale di appartenenza dei parlamentari ed estranei all’organizzazione della giurisdizione, tant’è che non rientrano nel novero dei giudici speciali di cui all’art. 102 Cost. e i loro provvedimenti non sono soggetti al sindacato di legittimità previsto dall’art. 111, comma 7, Cost., anche se svolgono un’attività obiettivamente giurisdizionale, che, per un verso, legittima la proposizione di questioni di legittimità costituzionale della norme di legge, a cui le fonti di autonomia effettua rinvio e, per altro verso, consente il ricorso ad uno strumento di carattere non impugnatorio, qual è il regolamento preventivo di giurisdizione (**Sez. U, n. 18265/2019, Tria, Rv. 654583-01** e **Sez. U, n. 18266/2019, Tria, Rv. 654584-01**).

4. I requisiti dei provvedimenti impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione.

Come sopra evidenziato, ai sensi dell’art. 111, comma 7, Cost., il ricorso straordinario, in materia civile, è ammesso contro le «*sentenze*» degli organi giurisdizionali.

La S.C. si è tuttavia da subito orientata nel senso di consentire l’esperibilità di tale rimedio impugnatorio non solo nei confronti dei provvedimenti che hanno la forma della sentenza, pur non essendo assoggettati ai normali mezzi d’impugnazione (v. ad esempio le ipotesi disciplinate dall’art. 618 c.p.c.), ma anche nei confronti di ogni altro provvedimento, anche se adottato in forma diversa, che abbia comunque carattere decisorio, incidendo su diritti soggettivi, e definitivo, in quanto non altrimenti impugnabile.

Tale principio, non posto successivamente in discussione, è stato sancito da Sez. U, n. 02593/1953, Duni, Rv. 881234-01, ove si è affermato che il ricorso straordinario per cassazione è esperibile con riguardo a tutti i provvedimenti che, a prescindere dalla forma che assumono, decidono in modo definitivo il merito di una controversia, la cui eventuale ingiustizia resterebbe irreparabilmente e definitivamente priva di controllo.

L’interpretazione estensiva, operata dalla giurisprudenza di legittimità, ha ricevuto l’avallo del legislatore che, come evidenziato, nel novellare il disposto dell’art. 360 c.p.c. con l’art. 2 del d.lgs. n. 40 del 2006, ha espressamente fatto richiamo ai «*provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge*».

È dunque ammesso il ricorso straordinario per cassazione contro tutti i provvedimenti, comprese le ordinanze ed i decreti, connotati dal duplice requisito della decisorietà (nel senso che incidano su diritti o *status*) e della definitività (nel

senso che non possano essere rimessi in discussione in nessun modo e a nessuna condizione).

Anche di recente la S.C. ha ribadito tale principio, precisando che, quando il provvedimento impugnato non possiede i caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale, il ricorso straordinario per cassazione è inammissibile, ancorché sia contestata la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, poiché la pronunzia sull'inosservanza delle norme che regolano il processo – disciplinando presupposti, modi e tempi con i quali la domanda può essere portata all'esame del giudice – ha la stessa natura dell'atto giurisdizionale al quale il processo è preordinato e non può avere autonoma valenza decisoria e definitiva, se di tali caratteri quell'atto sia privo, stante la strumentalità della problematica processuale e la sua idoneità a costituire oggetto di dibattito soltanto nella sede, e nei limiti, in cui sia aperta (o possa essere riaperta) la discussione sul merito (**Sez. 2, n. 05738/2019, Bellini, Rv. 652930-01**).

La giurisprudenza della S.C. ha così assunto nel tempo il compito di verificare, con riferimento alle diverse tipologie di provvedimenti, la presenza dei requisiti della decisorietà e della definitività, in alcuni casi manifestando un orientamento sempre più consolidato e in altri casi mostrando opinioni discordanti o mutevoli nel tempo, soprattutto a seguito di novità normative che hanno imposto un riesame delle soluzioni interpretative in origine adottate.

L'illustrazione delle pronunce adottate in argomento terrà quindi conto della tipologia dei provvedimenti impugnati o della materia da essi interessata ed evidenzierà gli elementi di continuità o di discontinuità rispetto alle precedenti statuizioni.

5. Le ordinanze sul reclamo in materia cautelare.

In questa materia, la S.C. ha confermato un orientamento oramai consolidato, secondo il quale non è consentito il ricorso straordinario per cassazione avverso le ordinanze adottate in sede di reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, perché si tratta di decisioni munite di efficacia temporanea, destinate a perdere efficacia e vigore a seguito della decisione di merito e, come tali, inidonee a produrre effetti sostanziali e processuali con autorità di giudicato (tra le tante, v. **Sez. 3, n. 09830/2018, Fiecconi, Rv. 648431-01**; conf. **Sez. 6-1, n. 23763/2016, Scaldaferrì, Rv. 642793-01**).

In particolare, le Sezioni Unite della Corte di cassazione (**Sez. U, n. 06039/2019, Bruschetta, Rv. 652978-01**) hanno ribadito il principio secondo il quale, nel sistema processuale vigente, non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione contro i provvedimenti cautelari anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi *ante causam* ai sensi dell'art. 700 c.p.c., perché tali provvedimenti

sono privi di stabilità e inidonei al giudicato, anche quando nessuna delle parti ha interesse ad iniziare l'azione di merito, aggiungendo che il ricorso per cassazione, ove proposto, non può essere esaminato neppure come ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, benché il ricorrente lo richieda, essendo anche sotto questo profilo inammissibile fino a che non inizia il giudizio di merito (conf. Sez. U, n. 27187/2007, Forte, Rv. 600346 - 01).

La stessa Corte ha poi precisato, a sezioni semplici (**Sez. 6-2, n. 06180/2019, Criscuolo, Rv. 652799-01**), che l'ordinanza di rigetto del reclamo cautelare non è ricorribile per cassazione neppure con riguardo alla sola statuizione sulle spese, trattandosi comunque di un provvedimento inidoneo a divenire cosa giudicata, formale e sostanziale, conservando, anche per quanto riguarda tale capo, i caratteri della provvisorietà e non decisorietà.

La contestazione delle disposizioni sulle spese, ha aggiunto la Corte, può infatti essere effettuata in sede di opposizione a precetto, o in sede di opposizione all'esecuzione (se iniziata) e comunque, nel caso in cui vi sia il giudizio di merito, il giudice, all'esito del processo a cognizione piena, può sempre rivalutare anche la statuizione in punto spese, compiuta nella fase cautelare, eventualità che senza dubbio si verifica nei casi di adozione di provvedimenti cautelari anticipatori (come quello conseguente alla richiesta di sequestro giudiziario), i quali, anche quando sono chiesti *ante causam*, richiedono sempre l'instaurazione del giudizio di merito.

6. Le statuizioni sulla richiesta di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite.

Anche in caso di rigetto dell'istanza *ex art. 696 bis c.p.c.*, **Sez. 3, n. 23976/2019, Scrima, Rv. 655103-01**, ha ritenuto che il provvedimento, comunque reclamabile, non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., neppure con riguardo alla sola statuizione sulle spese, trattandosi di decisione priva, anche in punto spese, dei caratteri della definitività e della decisorietà.

7. I provvedimenti nel procedimento di accertamento tecnico preventivo obbligatorio *ex art. 445 bis c.p.c.*

Nel corso dell'anno 2019, la S.C. ha adottato alcune interessanti statuizioni che riguardano tale procedimento, tutte incentrate sul contenuto delle contestazioni da effettuare ai fini previsti dall'art. 445 *bis*, commi 4 e 5, e su alcuni vizi del decreto di omologa.

Com'è noto, la Corte è oramai consolidata nel ritenere non ricorribile *ex art. 111 Cost.* l'ordinanza che, in esito ad esame sommario, abbia dichiarato insussistenti le condizioni sanitarie per beneficiare della prestazione assistenziale richiesta,

trattandosi di provvedimento che non incide con effetto di giudicato sulla situazione soggettiva sostanziale (attesa la possibilità per l'interessato di promuovere il giudizio di merito) ed è comunque idoneo a soddisfare la condizione di procedibilità di cui all'art. 445 *bis*, comma 2, c.p.c., essendo il procedimento sommario già giunto a conclusione (Sez. L, n. 16685/2018, Marchese, Rv. 649246-01; Sez. L, n. 08932/2015, Ghinoy, Rv. 635347-01).

La medesima Corte è pure concorde nel ritenere che l'accertamento in ordine alla sussistenza del requisito sanitario, contenuto nel decreto di omologazione, emesso dal giudice ai sensi del comma 5 dell'art. 445 *bis* c.p.c., non è impugnabile con ricorso straordinario per cassazione, perché le conclusioni dell'accertamento tecnico divengono intangibili, se non vengono contestate dalle parti nel termine fissato dal giudice, ai sensi del comma 4 dello stesso articolo, prima dell'emissione del decreto, e ciò in ragione della necessità di contemperare le esigenze di tutela del diritto di difesa con quelle di garanzia della ragionevole durata del processo (Sez. L, n. 08878/2015, Ghinoy, Rv. 635354-01; Sez. 6-L, n. 06085/2014, La Terza, Rv. 630605-01). Il decreto di omologazione sopra richiamato è infatti ritenuto impugnabile *ex art.* 111, comma 7, Cost., soltanto nei limiti di tale statuizione sulle spese (Sez. 6-L, n. 04365/2017, Pagetta, 643122-01; Sez. 6-L, n. 06085, La Terza, Rv. 630606-01).

In proposito, **Sez. L, n. 20847/2019, Ghinoy, Rv. 654677-01**, ha precisato che la dichiarazione di dissenso che la parte deve formulare al fine di evitare l'emissione del decreto di omologazione, ai sensi dei commi 4 e 5 dell'art. 445 *bis* c.p.c., può avere ad oggetto sia le conclusioni cui è pervenuto il CTU, sia gli aspetti preliminari che sono stati oggetto della verifica giudiziale e ritenuti non preclusivi dell'ulteriore corso, relativi ai presupposti processuali ed alle condizioni dell'azione, sicché, in mancanza di contestazioni anche per profili diversi da quelli attinenti l'accertamento sanitario, il decreto di omologa diviene definitivo e non è successivamente contestabile, né ricorribile ai sensi dell'art. 111 Cost. (conf. Sez. 6-L, n. 22721/2016, Pagetta, Rv. 641597-01).

La Corte (**Sez. 6-L, n. 03668/2019, Ghinoy, Rv. 652903-01**) ha poi esaminato la questione relativa ai casi in cui il decreto di omologazione, in assenza di contestazione delle parti, si discosti dalle conclusioni del CTU, ritenendo, in conformità con alcuni precedenti (Sez. 6-L, n. 19062/2017, Fernandes, Rv. 645146-01; Sez. 6-L, n. 26758/2016, Mancino, Rv. 642291-01), che tale provvedimento sia viziato da una difformità che costituisce mero errore materiale, emendabile con la procedura di correzione. La stessa Corte ha aggiunto che la statuizione sulle spese, adottata in violazione del principio di soccombenza, ancorché coerente con il *decisum* (erroneamente) assunto dal giudice di merito, è ricorribile per cassazione *ex art.* 111, comma 7, Cost. anche in difetto di attivazione del procedimento di correzione,

potendosi procedere al controllo sulla correttezza della decisione relativa alle spese in base alla lettura coordinata del decreto di omologa e della consulenza tecnica.

Successivamente, la medesima Corte (**Sez. L, n. 29096/2019, Ghinoy, Rv. 655703-01**), ha effettuato alcune precisazioni, rilevando che, nei casi in cui il decreto di omologazione, in assenza di contestazioni delle parti, si discosti dalle conclusioni del CTU, è sì ravvisabile una difformità che costituisce mero errore materiale, emendabile con la procedura di correzione, ma a condizione che la predetta difformità non sia frutto di una consapevole attività valutativa del giudice, nel qual caso, assumendo il provvedimento giudiziale natura decisoria, in quanto esorbitante dallo schema delineato per il procedimento a cognizione sommaria, è ammissibile il rimedio generale del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111, comma 7, Cost.*, a garanzia dell'esercizio del diritto di difesa, altrimenti precluso a causa della mancanza di rimedi endoprocedimentali in favore della parte pregiudicata dalle conclusioni imprevedibilmente adottate dal giudice all'atto dell'emissione del decreto.

Infine, con riferimento all'ipotesi in cui, avviato il procedimento *ex art. 445 bis c.c.*, venga poi incardinato il giudizio ordinario ai sensi dell'*art. 445 bis, comma 6, c.p.c.*, la Corte (**Sez. 6-L, n. 25399/2019, Leone, Rv. 655425-01**) ha precisato che la pendenza di tale giudizio impedisce di ritenere definitiva la statuizione contenuta nel decreto di omologazione che, nonostante l'instaurazione del giudizio, sia stato ugualmente adottato, essendo tale statuizione destinata ad essere travolta dalla decisione che dovrà essere adottata in sede contenziosa, con la conseguenza che avverso quel decreto non è proponibile ricorso per cassazione e che l'erronea omologazione potrà essere rilevata nel giudizio di merito.

8. Le statuizioni nel processo sommario di cognizione.

Com'è noto, nel corso dell'anno 2018 si è sviluppato un ampio dibattito giurisprudenziale sul tema dei concreti limiti all'esperibilità del ricorso *ex art. 111, comma 7, Cost.* contro le ordinanze che dichiarino l'inammissibilità dell'appello *ex art. 348 ter c.p.c.* Nell'anno in rassegna, la S.C. si è soffermata ad esaminare un'altra questione, altrettanto importante, riguardante i casi in cui, introdotta la domanda nelle forme di cui all'*art. 702 bis c.p.c.*, il giudice rilevi una "incompatibilità strutturale del rito sommario con l'oggetto della domanda".

In particolare, **Sez. 3, n. 18331/2019, Tatangelo, Rv. 654565-01**, ha affermato che, in questi casi, se non si tratta di cause in cui il tribunale deve giudicare in composizione collegiale, deve essere disposto il mutamento del rito ai sensi dell'*art. 702 ter, comma 3, c.p.c.*, e non dichiarata l'inammissibilità della domanda ai sensi dell'*art. 702 ter, comma 2, c.p.c.*, con la conseguenza che l'eventuale decisione di

inammissibilità, non rientrando tra le ipotesi per cui è espressamente prevista la non impugnabilità, è di norma appellabile ovvero, se adottata nelle diverse ipotesi in cui, per legge, è escluso il doppio grado di giudizio (come nel caso dell'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*), essa è direttamente ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., o comunque censurabile con lo specifico mezzo di impugnazione previsto.

Sempre in tema di procedimenti sommari, ma con riferimento a quello, connotato da elementi di specialità, riguardante l'impugnazione dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai, si deve menzionare un'interessante pronuncia delle Sezioni Unite, le quali hanno ritenuto che - sebbene l'art. 26, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011 espressamente preveda che *«Contro la decisione della corte di appello sul reclamo avverso il provvedimento disciplinare è ammesso ricorso per cassazione nei soli casi previsti dai numeri 3) e 5) del primo comma dell'articolo 360 del codice di procedura civile»* - l'impugnazione davanti al giudice di legittimità deve intendersi ammessa anche per le violazioni di norme processuali, riconducibili ai vizi di cui all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c., in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata e al fine di garantire la piena tutela delle garanzie primarie del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio (**Sez. U, n. 01415/2019, Carrato, Rv. 652245-01**).

9. Il rigetto dell'istanza di correzione di errori materiali.

Sull'argomento, nel periodo in rassegna, la S.C. ha ribadito un orientamento già più volte espresso (**Sez. 6-2, n. 16205/2013, Carrato, Rv. 626932-01**; **Sez. 5, n. 05950/2007, Scuffi, Rv. 597034-01**).

In particolare, la Corte di cassazione (**Sez. 2, n. 05733/2019, Abete, Rv. 652769-01** e **Sez. 3, n. 20309/2019, Moscarini, Rv. 654781-01**) ha affermato che l'art. 288 c.p.c., nel disporre che le sentenze possono essere impugate, relativamente alle parti corrette, nel termine ordinario decorrente dal giorno in cui è stata notificata l'ordinanza di correzione, appresta uno specifico mezzo di impugnazione, che esclude l'impugnabilità per altra via del provvedimento, in applicazione del disposto dell'art. 177, terzo comma, n. 3, c.p.c., a tenore del quale non sono modificabili né revocabili le ordinanze per le quali la legge prevede uno speciale mezzo di reclamo.

Secondo la Corte, il principio di assoluta non impugnabilità, comprensivo dell'impossibilità di proporre ricorso straordinario per cassazione, vale anche per l'ordinanza di rigetto, in quanto il provvedimento comunque reso è sempre privo di natura decisoria, costituendo mera determinazione di natura amministrativa, non incidente sui diritti sostanziali e processuali delle parti, in quanto funzionale

all'eventuale eliminazione di errori di redazione del documento cartaceo, che non può in alcun modo toccare il contenuto concettuale della decisione.

Per questa ragione, la medesima Corte ha ritenuto che resta impugnabile con lo specifico mezzo di volta in volta previsto solo la sentenza corretta, proprio al fine di verificare se, con il surrettizio ricorso al procedimento in esame, sia stato in realtà violato il giudicato ormai formatosi, nel caso in cui la correzione sia stata utilizzata per incidere, inammissibilmente, su errori di giudizio.

La Corte di cassazione ha esaminato anche un'altra questione, riguardante la peculiare ipotesi in cui, disposta dal giudice di legittimità la correzione di un errore materiale, il giudice di merito decida di non dar luogo alla correzione, ritenendo non ricorrente l'errore materiale riscontrato dal giudice di legittimità.

In questo caso, la Corte (**Sez. 3, n. 03986/2019, Gorgoni, Rv. 652743-01**) ha affermato che il provvedimento di rigetto dell'istanza di correzione è impugnabile con ricorso straordinario *ex art. 111, comma 7, Cost.*, essendo il vizio dedotto riconducibile alla mancata conformazione alla statuizione di legittimità, estraneo alla questione relativa ai limiti della correzione della sentenza e, come tale, escluso dall'ambito operativo dell'art. 288, comma 4, c.p.c.

In particolare, la Corte ha evidenziato che la disposizione appena richiamata si applica solo nel caso in cui la doglianza attenga all'esorbitanza del potere correttivo rispetto ai confini connessi alla sua funzione, ma la statuizione posta al suo vaglio ha un contenuto precettivo autonomo, funzionalmente estraneo all'ambito di operatività della correzione, e dunque non censurabile attraverso lo specifico rimedio previsto dall'art. 288, comma 4, c.p.c.

Come ritenuto in altre ipotesi, pure richiamate nella decisione in esame (cfr. Sez. 1, n. 04610/2017, Falabella, Rv. 644312-01 e Sez. 1, n. 09311/2006, Salvato, Rv. 589411-01), la Corte ha dunque affermato che, trattandosi di provvedimento a contenuto decisorio e non altrimenti impugnabile, deve ritenersi proponibile il ricorso straordinario per cassazione.

10. La sanzione pecuniaria *ex art. 283, comma 2, c.p.c.*

Con riferimento al giudizio di appello, **Sez. 6-1, n. 19247/2019, Di Marzio M., Rv. 654722-01**, ha affermato, in continuità con un orientamento ormai consolidato (così Sez. 6-3, n. 13774/2015, De Stefano, Rv. 635916-01 e Sez. 3, n. 05011/2005, Vittoria, Rv. 581470-01), che l'ordinanza con la quale il giudice di appello irroga, ai sensi dell'art. 283, comma 2, c.p.c., la sanzione pecuniaria, in caso di istanza di sospensione della provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado inammissibile o manifestamente infondata, non è ricorribile per cassazione, nemmeno ai sensi dell'art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento che non riveste

simultaneamente i caratteri della decisorietà e della definitività e, pertanto, non è idoneo ad acquistare autorità di giudicato, essendo revocabile con la sentenza che definisce il giudizio d'impugnazione.

11. L'ordinanza che concede o nega l'esecuzione provvisoria al decreto ingiuntivo opposto.

Con particolare riferimento ai giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, **Sez. 6-2, n. 24658/2019, Fortunato, Rv. 655421-01**, ha affermato che l'ordinanza con la quale, in pendenza del menzionato giudizio di opposizione, sia concessa o negata l'esecuzione provvisoria al provvedimento monitorio, ai sensi dell'art. 648 c.p.c., non è impugnabile con ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost., neppure nel caso in cui il giudice esamini questioni di merito per valutare il *fumus* del credito, trattandosi di statuizione avente natura anticipatoria della decisione, priva del carattere della definitività, i cui effetti sono destinati ad esaurirsi con la sentenza che pronuncia sull'opposizione.

Tale pronuncia si pone in linea con le precedenti statuizioni sul punto (Sez. 6-3, n. 13942/2014, Frasca, Rv. 631727-01 e Sez. 3, n. 14051/2004, Travaglino, Rv. 574976 - 01).

Alle stesse conclusioni è pervenuta la Corte, nell'esaminare il regime giuridico applicabile all'ordinanza che statuisce sulla richiesta di sospensione della provvisoria originariamente concessa, in applicazione dell'art. 649 c.p.c. (Sez. 3, n. 00905/2005, Purcaro, Rv. 578764-01).

12. I provvedimenti del giudice tutelare.

In linea con un orientamento più volte espresso, **Sez. 1, n. 17104/2019, Scalia, Rv. 654459-01**, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione, proposto ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso il decreto con il quale il tribunale decida in sede di reclamo avverso il provvedimento del giudice tutelare di rigetto della richiesta di sostituzione di un tutore, trattandosi di provvedimento che, adottato nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione, è privo del carattere della decisorietà, configurandosi come intervento di tipo ordinatorio ed amministrativo, insuscettibile di passare in cosa giudicata, essendo sempre revocabile e modificabile per la sopravvenienza di nuovi elementi di valutazione (sull'inammissibilità, per gli stessi motivi, del ricorso straordinario per cassazione contro il decreto con il quale il tribunale statuisce sul reclamo contro il provvedimento del giudice tutelare di revoca o rimozione del tutore, cfr. da ultimo Sez. 1, n. 11019/2010, Felicetti, Rv. 613211-01 e Sez. 1, n. 02205/2003, Sabatini, Rv. 560499- 01).

È comunque importante tenere presente quanto precisato nella motivazione di tale decisione, ove si è sostenuto che – come già affermato per il procedimento relativo all'amministratore di sostegno, la cui disciplina è, sul punto, la stessa di quella prevista per il tutore, in virtù di una serie di rinvii operati nel codice – occorre distinguere tra atto di nomina, rimozione o sostituzione del tutore (o dell'amministratore di sostegno) da quello di apertura della procedura, al quale soltanto è riconosciuta la suscettibilità al giudicato, al pari delle sentenze adottate in materia di interdizione o inabilitazione, ai sensi degli artt. 712 e ss., richiamati dall'art. 720 *bis* c.p.c.

E in effetti, in tema di amministrazione di sostegno, questa Corte ha più volte affermato che i provvedimenti di designazione, sostituzione e revoca della persona chiamata a svolgere le funzioni di amministratore di sostegno hanno natura ordinatoria ed amministrativa, spettando dunque la competenza a decidere sul reclamo, come per ogni provvedimento del giudice tutelare, al tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'art. 739 c.p.c. (e non alla corte di appello ex art. 720 *bis* c.p.c.), anche quando la designazione è avvenuta contestualmente all'apertura dell'amministrazione di sostegno (Sez. 6-1, n. 32071/2018, Mercolino, Rv. 651970-01). Solo i provvedimenti a carattere decisorio, che dispongono o revocano l'amministrazione di sostegno, sono ritenuti suscettibili di essere reclamati alla corte di appello e, in questo caso, la statuizione adottata è anche soggetta al sindacato di legittimità *ex* art. 720 *bis* c.c. (Sez. 6-1, n. 09839/2018, Acierno, Rv. 648279-01).

In applicazione di questi principi, la Corte ha quindi affermato che il provvedimento con il quale il giudice tutelare ordini all'amministratore di sostegno di revocare il coadiutore, nominato ai sensi dell'art. 408, comma 4, c.c., ha carattere meramente ordinatorio ed amministrativo, e, di conseguenza, non è assoggettabile ai normali mezzi d'impugnazione, essendo sempre revocabile e modificabile, diversamente da ciò che si verifica per i provvedimenti che dispongono l'apertura o la chiusura dell'amministrazione, di contenuto corrispondente alle sentenze pronunciate in materia di interdizione ed inabilitazione a norma degli artt. 712 e ss. c.p.c., espressamente richiamati dall'art. 720 *bis* c.p.c. (Sez. 1, n. 05123/2018, Genovese, Rv. 647637-01).

Per le stesse ragioni, **Sez. 1, n. 12998/2019, Caiazzo, Rv. 653917-04**, ha affermato che il decreto della corte d'appello che neghi l'apertura dell'amministrazione di sostegno è ricorribile per cassazione (in tutto conforme, Sez. 6-1, n. 14983/2016, Acierno, Rv. 640716-01).

Si deve tuttavia rilevare che, in una recentissima pronuncia, la Corte di cassazione ha ritenuto l'ammissibilità del ricorso per cassazione *ex* art. 111 Cost. contro la statuizione di inammissibilità del reclamo proposto davanti alla corte di appello avverso il provvedimento del giudice tutelare, che aveva dichiarato estinto

il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno, utilizzando anche argomenti del tutto nuovi, diversi da quelli appena richiamati.

Il riferimento è a **Sez. 1, n. 32409/2019, Lamorgese, Rv. 656558-01/02**. In tale pronuncia, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'art. 720 *bis* c.p.c., nella parte in cui prevede che contro i decreti del giudice tutelare, adottati in materia di amministrazione di sostegno, il reclamo deve essere proposto, non davanti al tribunale, ma alla corte di appello, contiene una norma speciale, che prevale su quella generale contenuta nell'art. 739 c.p.c., avendo il legislatore inteso concentrare tutte le impugnazioni davanti a un unico giudice, senza necessità di indagare sulla natura (decisoria o ordinatoria) dei provvedimenti adottati.

La medesima Corte ha quindi ritenuto suscettibile di ricorso per cassazione il provvedimento della corte di appello, che invece aveva dichiarato inammissibile il reclamo proposto davanti a sé, sulla base di una duplice considerazione. In primo luogo, seguendo lo stesso ragionamento sopra illustrato, ha rilevato che l'art. 720 *bis* c.p.c., al comma 3, espressamente prevede che contro il decreto della corte d'appello, pronunciato ai sensi del precedente comma 2, può essere proposto ricorso per cassazione, senza richiedere alcuna valutazione sul carattere decisorio o meno del provvedimento da impugnare. In secondo luogo, ha considerato che la declaratoria di estinzione del procedimento è comunque assimilabile ad un provvedimento di chiusura della procedura di amministrazione di sostegno, in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità, come sopra evidenziato, ha reiteratamente ammesso la possibilità di ricorrere per cassazione.

13. Alcuni provvedimenti in materia di adozione.

La S.C. ha di recente ritenuto non suscettibile di ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., la decisione della corte di appello sul reclamo proposto contro i provvedimenti con i quali il tribunale per i minorenni dispone l'apertura del procedimento per la dichiarazione di adottabilità ed assume i provvedimenti immediati e strumentali nell'interesse del minore, affermando che tali provvedimenti sono tutti privi del carattere decisorio ed integrano atti di volontaria giurisdizione, in quanto destinati ad assolvere ad una funzione meramente cautelare e provvisoria, destinata ad esaurirsi con la conclusione del procedimento, e comunque revocabili e modificabili in ogni momento (**Sez. 6-1, n. 08805/2019, Bisogni, Rv. 653481-01**).

Nello stesso senso, proprio con riferimento ai provvedimenti temporanei adottati nell'interesse del minore nel corso del procedimento di adozione (tra cui quelli di collocamento presso una famiglia o una comunità di tipo familiare), si era peraltro già pronunciata Sez. 1, n. 06695/2006, Salvago, Rv. 587793-01.

Anche in tema di affidamento familiare, la S.C. ha ritenuto che non può essere impugnato con il ricorso per cassazione il decreto, che decide il reclamo avverso il decreto di affidamento di un soggetto minore ai servizi sociali, pronunciato dal tribunale per i minorenni ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, e dell'art. 4, commi 2 e 7, della l. n. 184 del 1983, in quanto privo dei caratteri della decisorietà e definitività (Sez. 1, n. 07609/2011, Di Palma, Rv. 617506-01).

In linea con le pronunce appena richiamate, **Sez. 1, n. 04524/2019, Campese, Rv. 653092-01**, ha affermato che non è ricorribile in cassazione il provvedimento con il quale, nelle more del procedimento di adozione, vengano disposti incontri fra la famiglia affidataria ed il minore d'età frattanto collocato presso altra famiglia al fine di salvaguardare la "continuità affettiva" ai sensi dell'art. 4, comma 5 *ter*, della legge n. 184 del 1983, sebbene reso dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso il decreto del tribunale, perché tale provvedimento è sprovvisto dei requisiti della decisorietà e definitività, essendo correlato ai tempi e all'esito della decisione sulla domanda di adozione, proposta ai sensi dell'art. 4, comma 5 *bis*, della legge n. 184 del 1983. Tale provvedimento è infatti ritenuto di carattere meramente interinale, modificabile e revocabile in ogni tempo, per motivi originari o sopravvenuti nel corso del procedimento di adozione, nei modi e nei termini che meglio assicurino la tutela del superiore interesse del minore.

14. Particolari statuizioni in tema di protezione internazionale.

Nel periodo in rassegna, la Corte di cassazione ha affrontato la questione dell'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione in relazione alle statuizioni adottate nei procedimenti d'impugnazione dei provvedimenti di trasferimento, assunti dall' "Unità Dublino", autorità preposta all'individuazione dello Stato competente ad esaminare la domanda di protezione internazionale, in applicazione del Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013.

Com'è noto, l'art. 3 del d.lgs. n. 25 del 2008, ai commi 3 *bis* e 3 *ter*, prevede che contro le decisioni di trasferimento assunte dalla menzionata autorità è ammesso ricorso alla sezione del tribunale specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, da proporsi, a pena d'inammissibilità, entro trenta giorni dalla notificazione della decisione di trasferimento.

Nel successivo comma 3 *quater* del medesimo articolo è stabilito che l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa, su istanza di parte (da proporsi, a pena di inammissibilità, con il ricorso introduttivo), quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni, con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie

informazioni. Il decreto con il quale è concessa o negata la sospensione del provvedimento impugnato viene poi notificato a cura della cancelleria. Entro cinque giorni dalla notificazione le parti possono depositare note difensive e, nei cinque giorni successivi, possono essere depositate note di replica. Qualora siano state depositate dette note, il giudice, con nuovo decreto, da emettere entro i successivi cinque giorni, conferma, modifica o revoca i provvedimenti già emanati.

Proprio con riferimento al decreto emesso *inaudita altera parte* sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento di trasferimento, adottato dall' "Unità Dublino", **Sez. 1, n. 02722/2019, Schirò, Rv. 652547-02**, ha affermato che tale provvedimento non è ricorribile per cassazione, perché è privo del carattere della definitività, essendo suscettibile di conferma, modifica o revoca da parte del tribunale con successivo nuovo decreto.

15. Il decreto sul reclamo in ordine alla revoca dell'amministratore di condominio e altri provvedimenti non impugnabili.

In tema di condominio di edifici, **Sez. 6-2, n. 07623/2019, Scarpa, Rv. 653375-01**, in conformità con alcuni precedenti, ha ribadito che il decreto con il quale la corte d'appello provvede sul reclamo in ordine alla domanda di revoca dell'amministratore non è ricorribile in cassazione *ex art. 111 Cost.*, perché privo dei caratteri di definitività e decisorietà, precisando che, ai sensi dell'art. 742 c.p.c., può comunque essere revocato o modificato dalla stessa corte di appello per preesistenti vizi di legittimità o per un ripensamento sulle ragioni che indussero ad adottarlo, mentre resta attribuita al tribunale, quale giudice di primo grado, la competenza a disporne la revisione sulla base di fatti sopravvenuti.

L'inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso tale provvedimento è stata infatti più volte affermata dal giudice di legittimità, il quale ha anche precisato che invece è ammissibile il ricorso *ex art. 111, comma 7, Cost.* contro la statuizione relativa alla condanna al pagamento delle spese del procedimento, concernendo posizioni giuridiche soggettive di debito e credito discendenti da un rapporto obbligatorio autonomo (Sez. 6-2, n. 09348/2017, Scarpa, Rv. 643815-01 e Sez. 6-2, n. 02986 del 27/02/2012, Rv. 621556-01).

Con riferimento al rilascio di copie di atti pubblici, **Sez. 6-2, n. 30051/2019, Grasso Giuseppe, Rv. 656252 - 01**, ha affermato che il decreto reso dal Presidente del tribunale, ai sensi dell'art. 745 c.p.c., sul ricorso avverso il rifiuto del cancelliere di rilasciare copia di sentenza, non è impugnabile per cassazione, a norma dell'art. 111 Cost., trattandosi di atto di volontaria giurisdizione, adottato sulla base dell'audizione di detto cancelliere e senza necessità di instaurazione del contraddittorio con il soggetto passivo del diritto alla copia, che non compie

statuizioni sul diritto stesso ma valutazioni di tipo meramente deliberativo, le quali lasciano impregiudicata la possibilità di far valere il diritto in via ordinaria contenziosa (v. già Sez. 1, n. 09234/1996, Finocchiaro, Rv. 500183-01).

Nello stesso senso si è orientata anche **Sez. 6-2, n. 28432/2019, Criscuolo, Rv. 655755-01**, in un caso in cui la corte d'appello si era pronunciata sul ricorso avverso il rifiuto del cancelliere di rilasciare copia in forma esecutiva del decreto ingiuntivo reso ai sensi dell'art. 5 della l. n. 89 del 2001, in ragione dell'intervenuta inefficacia del decreto stesso, per essere stato notificato senza il ricorso introduttivo del giudizio *ex lege* Pinto.

Le pronunce si pongono in linea con numerosi precedenti che già hanno affermato il medesimo principio anche in altre ipotesi, comunque disciplinate dall'art. 745 c.p.c. (cfr. Sez. 1, n. 15131/2015, Campanile, Rv. 636206-01, con riferimento al provvedimento che statuisce sul rifiuto del Conservatore di eseguire la trascrizione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 113 *bis* disp. att. c.c. e 745 c.p.c.).

Infine, in materia societaria, **Sez. 6-1, n. 31350/2019, Campese, Rv. 656152-01**, conformandosi a precedenti pronunce (Sez. 1, n. 12677/2009, Adamo, Rv. 608515-01), ha ritenuto che il decreto di nomina del liquidatore di una società di capitali, emesso ai sensi dell'art. 2487 c.c., non è suscettibile di ricorso per cassazione, neppure a norma dell'art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento non definitivo, come risulta dalla circostanza che, ai sensi del quarto comma della citata disposizione, il liquidatore può essere revocato dall'assemblea o, in presenza di una giusta causa, dal tribunale.

16. I provvedimenti del giudice dell'esecuzione.

Sull'argomento, notoriamente terreno problematico di applicazione dell'istituto del ricorso straordinario per cassazione, una particolare menzione merita, anche per le notevoli ricadute pratico-operative, **Sez. 3, n. 12238/2019, Rossetti, Rv. 653893-01**, relativa agli strumenti di controllo previsti dall'art. 591 *ter* c.p.c. sull'operato del professionista delegato per il compimento delle operazioni di vendita nell'espropriazione immobiliare.

Individuata la finalità degli interventi giurisdizionali regolati dalla citata norma nell'esigenza di «risolvere difficoltà pratiche e superare celermente le fasi di impasse dovute ad incertezze operative o difficoltà materiali incontrate dal professionista delegato nello svolgimento delle operazioni di vendita» nel contesto di un'attività, propria del giudice dell'esecuzione, di impulso, coordinamento o controllo sugli atti dell'ausiliario priva di natura decisoria e definitiva, la S.C. ha negato l'impugnabilità ex art. 111, settimo comma, Cost. dell'ordinanza collegiale pronunciata sul reclamo proposto, nelle

forme di cui all'art.669 *terdecies* c.p.c., avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione ex art. 591 *ter* c.p.c..

Caratteristica peculiare delle opposizioni esecutive (con tale locuzione intendendosi, in senso proprio, le opposizioni proposte dopo l'inizio della procedura esecutiva) è l'articolazione del giudizio a cadenza bifasica, con una preliminare e necessaria fase sommaria svolta innanzi al giudice dell'esecuzione ed una successiva, sebbene meramente eventuale, fase di merito a cognizione piena.

Nello statuto di disciplina della bifasicità delle opposizioni, oggetto di una progressiva elaborazione e definizione in via pretoria (da ultimo, con la fondamentale Sez. 3, n. 25170/2018, Tatangelo, Rv. 651161-01), risulta pacifica la negazione della natura decisoria dell'ordinanza conclusiva della prima fase, costituente l'anello di congiunzione tra i due segmenti e soggetta a reclamo con le modalità previste dall'art. 669 *terdecies* del codice di rito.

Sono queste le premesse argomentative che sorreggono la inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza di chiusura della fase sommaria dell'opposizione, già sostenuta in arresti dei precedenti anni, e ribadita da **Sez. 6-3, n. 30300/2019, Scoditti, Rv. 656163-01**, con specifico riferimento all'ipotesi di un'ordinanza che, in maniera difforme dal dettato legislativo, aveva ommesso la concessione del termine per la instaurazione del giudizio di merito, siccome comunque integrante un provvedimento privo del carattere della definitività, potendo le parti introdurre autonomamente il giudizio a cognizione piena.

17. I provvedimenti nelle procedure fallimentari e concorsuali in genere.

Questioni sull'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione si pongono frequentemente nell'ambito delle varie tipologie di procedure di liquidazione concorsuale, caratterizzate da incidenti di cognizione, assai differenti tra loro, decisi con provvedimenti in forma diversa dalla sentenza.

Ben saldo appare (e la giurisprudenza dell'anno in rassegna ne costituisce ulteriore conferma) il criterio di orientamento ai fini della individuazione del perimetro applicativo del rimedio *ex* art. 111 Cost., esperibile, secondo un principio generale oramai consolidato, avverso i provvedimenti, in qualsivoglia forma resi, per i quali non sia previsto uno specifico mezzo di impugnazione e che siano connotati dal duplice requisito della decisorietà (cioè a dire della incidenza su diritti soggettivi o su *status*) e della definitività (ovvero della idoneità a fornire la disciplina concreta, non più suscettibile di essere messa in discussione, della situazione controversa).

Il descritto *discrimen* giustifica, innanzitutto, la non esperibilità del ricorso straordinario avverso i provvedimenti aventi natura meramente ordinatoria e non decisoria.

Per questa ragione, in materia fallimentare, è stato negato l'impiego del ricorso diretto per cassazione: contro il decreto adottato dal tribunale in sede di reclamo avverso la decisione del giudice delegato avente ad oggetto l'esercizio del potere di amministrazione e gestione dei beni acquisiti al fallimento e delle funzioni di direzione della procedura fallimentare, e non la soluzione di controversie su diritti (**Sez. 6-1, n. 05447/2019, Nazzicone, Rv. 653134-01**) nonché contro il decreto emesso dal tribunale nel reclamo *ex art. 26 l.fall.* avverso il provvedimento, emesso dal giudice delegato in sostituzione del comitato dei creditori, di autorizzazione del curatore alla rinuncia alla liquidazione di uno o più beni dell'attivo fallimentare (ai sensi dell'art. 104 *ter*, ottavo comma, l.fall.), per essere siffatto provvedimento volto a regolare l'esercizio di poteri gestori del curatore senza incidere su diritti soggettivi del fallito, con scelta gestoria sempre suscettibile di modificazione, salva l'eventuale maturazione medio tempore di incompatibili diritti di terzi (**Sez. 1, n. 17385/2019, Terrusi, Rv. 654541-01**).

Ancora in ordine a statuizioni assunte a definizione del procedimento *ex art. 26 l.fall.*, è stata esclusa l'impugnabilità *ex art. 111 Cost.* del decreto del tribunale di accoglimento del reclamo avverso il provvedimento del giudice delegato di diniego all'accesso (*ex art. 90, terzo comma, l.fall.*) al fascicolo del fallimento, trattandosi di statuizione non incidente su un diritto soggettivo dell'istante e non suscettibile di divenire definitiva (contrariamente alla decisione sulle spese giudiziali che ha ad oggetto posizioni giuridiche soggettive di debito e credito derivanti da un rapporto obbligatorio autonomo ed avverso la quale non è previsto alcun mezzo di impugnazione: in tal senso, **Sez. 1, n. 00212/2019, Campese, Rv. 652069-01**).

Il requisito della decisorietà (e la conseguente proponibilità del rimedio di cui all'art. 111, settimo comma, Cost.) è stato invece ravvisato nel decreto del tribunale di rigetto del reclamo contro il provvedimento avverso il decreto del giudice delegato con cui, a seguito di trasferimento immobiliare, viene disposta, ai sensi dell'art. 108, secondo comma, l.fall., la cancellazione delle ipoteche: detta pronuncia, all'esito della verifica da parte del giudice delegato dei presupposti richiesti dalla norma per provvedere alla purgazione, è munita infatti di autonoma incidenza sui diritti reali di garanzia, che altrimenti verrebbero sacrificati in via definitiva, non essendo il provvedimento altrimenti impugnabile (**Sez. 1, n. 30454/2019, Pazzi, Rv. 656272 – 01**).

La praticabilità del reclamo, strumento impugnatorio tipico nell'ambito della procedura fallimentare, è reputata poi ostativa alla diretta ricorribilità per cassazione del decreto del giudice delegato che dispone l'immediata liberazione del bene

immobile assoggettato alla procedura concorsuale, provvedimento altresì non decisorio né definitivo (**Sez. 3, n. 25025/2019, Rubino, Rv. 655638-01**).

Nel panorama degli arresti del giudice della nomofilachia in materia fallimentare, rilievo centrale spetta a **Sez. U, n. 24068/2019, Genovese, Rv. 655120-01**, intervenuta sulla questione di massima di particolare importanza, della ricorribilità per cassazione ex art. 111 Cost. delle decisioni del giudice fallimentare relative alle impugnative endoconcorsuali al piano di riparto.

Muovendo dalla regola generale della intangibilità dei riparti dell'attivo eseguiti nel corso della procedura (con la sola eccezione contemplata espressamente dall'art. 114 l.fall.), in forza della quale il piano di riparto parziale, reso esecutivo dal giudice delegato, non ha - a prescindere dalla sua concreta esecuzione - carattere provvisorio (si da potere essere modificato in seguito ad ulteriori risultanze) ma, al contrario, una volta decorsi i termini di impugnazione, diventa definitivo (e quindi non più contestabile), le Sezioni Unite hanno affermato l'esperibilità del rimedio ex art. 111, settimo comma, Cost., avverso il decreto del tribunale che dichiara esecutivo il piano di riparto parziale, pronunciato sul reclamo avente ad oggetto il provvedimento del giudice delegato, nella parte in cui decide la controversia concernente, da un lato, il diritto del creditore concorrente a partecipare al riparto dell'attivo fino a quel momento disponibile e, dall'altro, il diritto degli ulteriori interessati ad ottenere gli accantonamenti delle somme necessarie al soddisfacimento dei propri crediti, nei casi previsti dall'art. 113 l.fall.

Natura decisoria e carattere definitivo connotano altresì il decreto con il quale il tribunale liquida, dopo l'approvazione del rendiconto, il compenso finale al curatore, provvedimento non soggetto a reclamo e, pertanto, impugnabile per cassazione ex art. 111, settimo comma, Cost., ma non suscettibile di essere revocato o modificato dall'autorità giudiziaria emittente per avere quest'ultima consumato, con la sua adozione, il proprio potere decisionale (**Sez. 1, n. 01394/2019, Pazzi, Rv. 652404-01**).

Con riferimento alla procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, va segnalata **Sez. 1, n. 17836/2019, Terrusi, Rv. 654542-01**, la quale ha negato la praticabilità del ricorso straordinario per cassazione avverso il decreto con cui il tribunale respinge il reclamo proposto contro la domanda di rigetto della domanda di ammissione alla procedura di composizione nelle forme della liquidazione del patrimonio (art. 14 *ter* della l. 27 gennaio 2012, n. 3), a tale conclusione addivenendo sulla base di una ravvisata un'analogia strutturale con altri provvedimenti, privi di decisorietà e definitività, pronunciati in ambito concorsuale (segnatamente, del decreto reiettivo dell'istanza di fallimento e del decreto dichiarativo dell'inammissibilità della proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti).

Ancora in tema di sovraindebitamento, è considerato invece ammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto di accoglimento del reclamo proposto contro il provvedimento di omologazione del piano proposto dal consumatore ai sensi dell'art. 12 *bis* della citata l. n. 3 del 2012, tenuto conto del carattere contenzioso del procedimento e dell'idoneità del provvedimento che lo definisce ad incidere su diritti soggettivi (**Sez. 1, n. 10095/2019, Dolmetta, Rv. 653692-01**).

In materia di concordato preventivo, ad avviso di **Sez. 1, n. 00211/2019, Terrusi, Rv. 652068-01**, non è suscettibile di ricorso *ex* art. 111, settimo comma, Cost. il decreto con il quale la corte d'appello dichiara inammissibile il reclamo sul provvedimento di revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 173 l.fall. senza emettere la consequenziale sentenza dichiarativa del fallimento del debitore, per essere siffatto decreto sprovvisto di carattere decisorio, in quanto, non decidendo nel contraddittorio delle parti su diritti soggettivi, inidoneo al giudicato.

18. L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge.

Finalizzato a consentire un compiuto esercizio della funzione di nomofilachia istituzionalmente riservata alla Corte di Cassazione (ovvero assicurare «*quale organo supremo di giustizia, l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge*», come recita l'art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), il ricorso nell'interesse della legge, come concepito nell'originario dettato dell'art. 363 c.p.c., ha trovato raro impiego nei primi sessant'anni di vigenza del codice di rito.

Nell'intento di dare nuova linfa all'istituto, il d.lgs 2 febbraio 2006, n. 40, oltre a mutare la rubrica dell'art. 363 c.p.c. (significativamente ora intestata «*principio di diritto nell'interesse della legge*»), ha apportato innovazioni tutte orientate ad estendere la possibilità della Suprema Corte di pronunciarsi “nell'interesse della legge”, cioè a dire affermare, a fronte di un provvedimento di merito erroneo, il principio di diritto astrattamente applicabile alla fattispecie, ma senza cassazione del provvedimento stesso o effetti per le parti.

In tal senso, *in primis*, alla iniziativa del Procuratore generale presso la Corte (necessaria nel previgente regime) si è affiancato un potere officioso del giudice di legittimità, esercitabile in caso di inammissibilità del ricorso allorquando la questione (che avrebbe dovuto essere) decisa si profili di particolare importanza.

In secondo luogo, il ricorso del Procuratore generale è ora esperibile non soltanto in caso di provvedimenti passati in cosa giudicata (per omessa proposizione di ricorso nei termini di legge ad opera delle parti o per rinuncia allo stesso) ma anche «*quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile*», cioè a dire in ipotesi di provvedimenti privi del carattere della decisorietà e definitività, come, ad esempio, quelli di natura camerale e cautelare, al fine di

permettere il sindacato di legittimità anche in relazione a statuizioni altrimenti destinate, in ragione della loro natura, a sfuggire all'indirizzo nomofilattico.

19. La richiesta del Procuratore Generale.

La richiesta di enunciazione del principio di diritto formulata dal Procuratore Generale presso la Suprema Corte – ben distinta, anche sotto l'aspetto terminologico adoperato dal legislatore, dal ricorso che lo stesso P.G. può, in qualità di parte, proporre per la cassazione di un provvedimento – ha la (unica) finalità di far correggere una erronea affermazione *in jure* contenuta in una pronuncia di merito, senza alcuna conseguenza o effetto sulla pronuncia stessa o sui diritti delle parti interessati dalla lite.

La sollecitazione del P.G., come acutamente precisato da Sez. U, n. 23469/2016, De Stefano, Rv. 641536-01, non configura un mezzo di impugnazione, ma l'atto di impulso di un procedimento autonomo, teso a consentire il controllo sulla corretta osservanza ed uniforme applicazione della legge, da svolgersi in assenza del contraddittorio con le parti, prive di legittimazione a partecipare al procedimento perché carenti di un interesse attuale e concreto alla decisione, non risultando inciso il provvedimento presupposto.

I requisiti cui è condizionata l'enunciazione del principio di diritto su iniziativa del P.G. sono stati così individuati (in specie, da Sez. U, n. 01946/2017, Giusti, Rv. 642009-01): nell'avvenuta pronuncia di uno specifico provvedimento non impugnato o non impugnabile; nella reputata illegittimità del provvedimento stesso, quale indefettibile momento di collegamento con una concreta e determinata fattispecie, onde evitare richieste a carattere preventivo o esplorativo; nell'interesse della legge, generale e trascendente quello delle parti, all'affermazione di un principio di diritto per la ritenuta importanza di una sua formulazione espressa.

Correlato e strumentale ad una funzione di nomofilachia nel senso più proprio ed "alto" del termine, differente dalla funzione giurisdizionale, il potere attribuito al P.G. risponde, in ultima analisi, allo scopo di permettere alla Corte di Cassazione lo svolgimento del ruolo di matrice del diritto vivente anche in materie di regola sottratte al sindacato di legittimità oppure in contesti in cui si palesi la necessità di interventi nomofilattici tempestivi e solleciti, con la formazione di un precedente di legittimità su tematiche oggetto di contrasti ermeneutici nella giurisprudenza di merito, di contenziosi seriali o comunque di rilevante impatto sociale.

Sostanzialmente caduta nell'oblio per lunghissimo periodo, la richiesta del Procuratore Generale *ex art.* 363 c.p.c. sta conoscendo negli ultimi tempi una nuova stagione di vitalità nel settore dell'esecuzione forzata, in relazione al c.d. "Progetto Esecuzioni" intrapreso dalla terza sezione civile della Corte, una metodologia

organizzativa del lavoro nella quale la collaborazione con l'ufficio della Procura Generale rappresenta un importante strumento per la emersione e la risoluzione delle questioni di respiro nomofilattico.

Di ciò costituisce un paradigmatico esempio la richiesta del P.G. di enunciazione, nell'interesse della legge, del principio di diritto in ordine all'ammissibilità dell'impugnazione, col rimedio del reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. (richiamato nell'art. 624, secondo comma, c.p.c.), del provvedimento con cui il giudice adito con opposizione all'esecuzione preventiva ex art. 615, primo comma, c.p.c. decide sulla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo.

Sulla questione, di massima importanza, ha statuito **Sez. U, n. 19889/2019, De Stefano, Rv. 654839-01**: il provvedimento con cui il giudice dell'opposizione preventiva all'esecuzione decide, ai sensi del primo comma dell'art. 615 c.p.c., sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è impugnabile col rimedio del reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. al Collegio del tribunale cui appartiene il giudice monocratico – o nel cui circondario ha sede il giudice di pace – che ha emesso il provvedimento.

20. Il potere officioso della Corte.

A mente dell'art. 363, terzo comma, c.p.c., ove il ricorso presentato dalle parti sia dichiarato inammissibile, la Corte, qualora ritenga la questione prospettata con lo stesso di particolare importanza, può di ufficio formulare il principio di diritto regolante la vicenda, anche in tal caso senza alcuna conseguenza o effetto sulla pronuncia stessa o sulle situazioni giuridiche delle parti coinvolte nella lite.

Siffatto discrezionale potere, conferito tanto alle sezioni unite quanto alle sezioni semplici, manifesta espressione della funzione di nomofilachia, è esercitabile in tutte le ipotesi di inammissibilità della impugnazione, quale ne sia la causa o ragione, e postula unicamente la valutazione sulla “particolare importanza” della *quaestio iuris* involta, apprezzabile sotto ogni possibile profilo.

Un vero e proprio florilegio di regole di giudizio affermate ai sensi della norma in questione si riscontra, nell'anno in rassegna, in numerose pronunce della terza sezione civile della Corte in materia di esecuzione forzata, riconducibili al c.d. “Progetto Esecuzioni”, nel quale la formulazione del principio di diritto, pur non influente sulla concreta vicenda processuale, diviene, in guisa di eventualità non più eccezionale e sporadica, un ulteriore tassello di un'effettiva nomofilachia, in grado di indirizzare efficacemente, con l'autorità del precedente di legittimità, le decisioni dei giudici di merito.

Rinviando al capitolo sul processo di esecuzione per una più approfondita disamina, principi di diritto nell'interesse della legge sull'argomento sono stati ex

ufficio enunciati, tra le altre, sulle questioni: della estensione del vincolo del pignoramento presso terzi agli interessi ed ai frutti civili del credito staggito (**Sez. 3, n. 15308/2019, D'Arrigo, Rv. 654286-01**); della espropriabilità da parte del creditore dell'ente collettivo condominio, nelle forme del pignoramento presso terzi, dei crediti vantati dal medesimo condominio verso i singoli condòmini per contributi o oneri condominiali (**Sez. 3, n. 12715/2019, Tatangelo, Rv. 653784-01**); delle condizioni e dei limiti di proponibilità della opposizione agli atti esecutivi ex art. 617, primo comma, c.p.c. per far valere l'omessa spedizione in forma esecutiva del titolo (**Sez. 3, n. 03967/2019, D'Arrigo, Rv. 652822-01**); della valenza, nell'opposizione di terzo all'esecuzione ex art. 619 c.p.c., della sentenza di accertamento dell'usucapione sul bene immobile pignorato, resa in un separato giudizio svolto in pretermissione del creditore ipotecario (**Sez. 3, n. 29325/2019, D'Arrigo, Rv. 655793-01**); dei presupposti per la litispendenza (o per la riunione ex art. 273 c.p.c.) tra l'opposizione a precetto ex art. 615, primo comma, c.p.c., e la successiva opposizione all'esecuzione ex art. 615, secondo comma, c.p.c. (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-01**); della possibilità per il giudice adito con opposizione a precetto di provvedere sulla istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ove sia intrapresa l'esecuzione minacciata con il precetto (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-02**), degli effetti della proposizione di siffatta istanza per l'opponente (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-04**) e delle conseguenze della sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo disposta dal giudice dell'opposizione al precetto sulle procedure esecutive *medio tempore* promosse o sui pignoramenti eseguiti dopo tale provvedimento (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-03**).

Fuori dall'ambito esecutivo, si segnala **Sez. 2, n. 22448/2019, Criscuolo, Rv. 655237-01**), la quale ha affermato il principio di sicuro rilievo nomofilattico, stante i divergenti orientamenti espressi dai giudici di merito, secondo cui in tema di patrocinio a spese dello Stato, l'art. 83, comma 3 *bis*, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, non prevede alcuna decadenza a carico del difensore della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato che abbia depositato l'istanza di liquidazione del compenso dopo la pronuncia del provvedimento che chiude la fase cui la richiesta stessa inerisce, né impedisce al giudice di potersi pronunciare su di essa dopo aver pronunciato definitivamente sul merito, avendo tale norma la finalità, in chiave acceleratoria, di raccomandare che la pronuncia del decreto di pagamento avvenga contestualmente al provvedimento che chiude il giudizio.

CAPITOLO XVI

GLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNAZIONE

(DI VALERIA PIRARI).

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Revocazione. - 2.1. Falsità delle prove. - 2.2. Errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. - 2.3. Contrasto tra sentenze. - 3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione - 4. Questioni procedurali. - 5. L'opposizione di terzo.

1. Premessa.

Nel corso del 2019, nella produzione giurisprudenziale in materia di revocazione e opposizione di terzo, si segnalano diverse pronunce che hanno ulteriormente specificato l'ambito applicativo dei predetti istituti, chiarendone portata e limiti di ammissibilità.

2. Revocazione.

La revocazione, quale mezzo di impugnazione a carattere eccezionale e a critica vincolata, può essere ordinaria, quando riguardi vizi che possono essere rilevati sulla base della sola sentenza (ipotesi di cui ai n. 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.), ovvero straordinaria, quando gli elementi di turbativa del giudizio possano essere conosciuti anche molto tempo dopo la sentenza, sì da dover essere sottratti a limitazioni temporali (casi di cui ai n. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.), e può aggiungersi o sovrapporsi agli ordinari strumenti di gravame allorché emergano circostanze che possono avere inciso, deviandolo, sull'esito del giudizio, il quale, senza di esse, sarebbe stato differente. I motivi di revocazione sono tipizzati nell'elenco di cui all'art. 395 c.p.c. e si riferiscono al dolo di una delle parti (n. 1), alla falsità di prove acclarata e conosciuta successivamente (n. 2), all'acquisizione di documenti non prodotti per causa di forza maggiore o per fatto della controparte (n. 3), all'errore di fatto risultante dagli atti e documenti della causa in relazione ad un fatto non controverso (n. 4), alla contrarietà della sentenza ad altra precedente avente tra le parti l'autorità di cosa giudicata (5) e al dolo del giudice accertato con sentenza passata in giudicato (n. 6).

2.1. Falsità delle prove.

L'art. 395, n. 2), c.p.c., si riferisce, come si è detto, ai casi in cui il giudizio sia stato espresso sulla base di prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza (o quantomeno, riconosciute o dichiarate false anche prima della sentenza

senza che però ne fosse consapevole la parte soccombente) e costituisce, perciò, uno strumento straordinario di impugnazione in quanto, diversamente, la falsità si sarebbe potuta rilevare in corso di giudizio o con l'impugnazione ordinaria.

La presentazione dell'impugnazione deve avvenire, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni decorrenti non già dalla materiale apprensione dei documenti ritenuti decisivi e non prodotti nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata, bensì dalla loro scoperta o dal loro ritrovamento, assumendo rilievo, a questi fini, l'acquisizione di un grado di conoscenza del contenuto della documentazione sufficiente a valutarne la rilevanza revocatoria, come sostenuto da **Sez. 2, n. 05144/2019, Dongiacomo, Rv. 652700-01**, la quale, nell'escludere che, nella specie, il termine avesse iniziato a decorrere dal momento in cui la parte aveva avuto la disponibilità della perizia esplicativa di documenti di cui era già entrata in possesso, ha altresì evidenziato come l'accertamento sul punto costituisca giudizio di fatto, spettante in esclusiva al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione nei limiti di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c..

2.2. Errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa.

L'art. 395, n. 4), si riferisce ai casi in cui la sentenza sia l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa, perché fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità sia incontrastabilmente esclusa, oppure sulla supposizione di inesistenza di un fatto la cui verità sia positivamente stabilita, se detto fatto non abbia costituito un punto controverso oggetto della pronuncia.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, **Sez. 1, n. 09527/2019, Meloni, Rv. 653687-01**, ha ribadito che, ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c. (richiamato per le sentenze della Corte di cassazione dall'art. 391-bis c.p.c.), costituisce requisito necessario della revocazione la circostanza che il fatto oggetto della supposizione di esistenza o inesistenza non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciarsi e ha perciò sostenuto l'inconfigurabilità dell'errore revocatorio quando l'asserita erronea percezione degli atti di causa abbia formato oggetto di discussione e di conseguente decisione in seguito all'apprezzamento delle risultanze processuali compiuto dal giudice.

Con specifico riguardo agli atti e documenti utili ai fini revocatori, **Sez.5, n. 29634/2019, Saija, Rv. 655742-01**, ha stabilito che sono tali, in attuazione dei principi del giusto processo e di effettività della difesa, anche quelli attinenti alla causa e ritualmente depositati dalla parte interessata, ma inseriti in diverso fascicolo d'ufficio per mero disguido della cancelleria (si trattava nella specie di un ricorso per cassazione che era stato dichiarato improcedibile in quanto non rinvenuto in atti perché introdotto in altro fascicolo), arresto questo contrastante con altra pronuncia

dell'anno precedente, nella quale, per un caso analogo riguardante un ricorso incidentale smarritosi, era stata dichiarata l'inammissibilità del ricorso per revocazione in quanto la declaratoria di inesistenza dello stesso, al momento della decisione, risultava formalmente corretta ed escludeva, perciò, la commissione di un errore di percezione, sebbene poi si fosse proceduto all'esame e alla decisione nel merito sullo stesso (cfr Sez.1, n. 27508/2017, *Fraulin*, Rv. 646337-01).

In caso di querela di falso, **Sez. 3, n. 02343/2019, *Dell'Utri*, Rv. 652660-01**, ha asserito che la falsità, definitivamente accertata nella sede competente, di atti e documenti posti dal giudice di merito a fondamento della sentenza impugnata può essere fatta valere come motivo di revocazione, mentre la querela di falso è proponibile nel giudizio di cassazione limitatamente ad atti del relativo procedimento, come il ricorso o il controricorso o documenti producibili ex art. 372 c.p.c., e può riguardare anche la nullità della sentenza impugnata, con riferimento ai soli vizi suoi propri (per mancanza dei suoi requisiti essenziali, di sostanza o di forma), ma non anche quando sia originata, in via mediata e riflessa, da vizi del procedimento ovvero dall'eventuale falsità di documenti posti a base della decisione del giudice di merito.

Sono stati poi considerati errori da far valere con la revocazione ordinaria, ma non col ricorso per cassazione, sia quello ricadente sul soggetto (socio in luogo della società), erroneamente indicato nell'epigrafe e nella motivazione della sentenza di secondo grado come parte (in tal senso, **Sez. 5, 24528/2019, *Frasca*, Rv. 655479-01**, che ha dichiarato il ricorso per cassazione inammissibile), sia quello che, in un procedimento per indennizzo per equa riparazione, è ricaduto sulla individuazione della data di notifica della citazione di primo grado, in quanto frutto di una svista materiale concernente una circostanza decisiva, non oggetto di contrasto tra le parti, e non un'errata valutazione delle risultanze processuali (cfr **Sez. 2, n. 02712/2019, *Fortunato*, Rv. 652357-01**), sia quello afferente il travisamento delle risultanze della consulenza tecnica (cfr **Sez. 1, n. 03867/2019, *Nazzicone*, Rv. 653090-01**), sia infine, ove ne ricorrano gli estremi, l'inveridicità del preteso fatto notorio, attenendo - il ricorso alle nozioni di comune esperienza - all'esercizio di un potere discrezionale riservato al giudice di merito, il cui giudizio in ordine alla loro sussistenza può essere censurato, in sede di legittimità, soltanto se sia stato posto a base della decisione un inesatto fatto notorio (da intendere come fatto conosciuto da un uomo di media cultura, in un dato tempo e luogo), ma non anche quando manchi o sia insufficiente una motivazione sul punto, non essendo il giudice tenuto ad indicare gli elementi sui quali la determinazione si fonda (cfr **Sez. 6-3, n. 13715/2019, *Positano*, Rv. 654219-01**).

Si è, invece, escluso che costituisca errore rilevante ai fini della revocazione: quello afferente alla valutazione sulla sussistenza o meno del giudicato, trattandosi

di errore di diritto, atteso che il giudicato, essendo destinato a fissare la regola del caso concreto, partecipa, in quanto tale, della natura dei comandi giuridici, sicché la sua interpretazione deve essere assimilata, per natura ed effetti, a quella delle norme giuridiche (**Sez. 6-5, n. 28138/2019, Castorina, Rv. 655823-01**) e l'erronea presupposizione dell'inesistenza di un litisconsorzio necessario (nella specie risultante da denunciati vizi della cartella di pagamento riguardanti sia la competenza dell'Agenzia delle entrate che del concessionario della riscossione), poiché la sua interpretazione non si esaurisce in un giudizio di fatto ma attiene all'interpretazione delle norme giuridiche (**Sez. 5, n. 26141/2019, Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Rv. 655450-01**); ovvero l'errata lettura del contenuto di fonti convenzionali regolatrici del rapporto tributario, con le quali siano riconosciuti al contribuente benefici ed esenzioni, in quanto oggetto di controversia e implicanti la valutazione del giudice, consistendo invece, l'errore idoneo a costituire motivo di revocazione, in una falsa percezione della realtà o in una svista materiale che abbia portato ad affermare o supporre l'esistenza di un fatto decisivo incontestabilmente escluso oppure l'inesistenza di un fatto positivamente accertato dagli atti o documenti di causa, purché non cada su un punto controverso e non attenga a un'errata valutazione delle risultanze processuali (cfr **Sez. 5, n. 26890/19, Putaturo Donati Viscido di Nocera, Rv. 655451-01**).

2.3. Contrasto tra sentenze.

L'art. 395, n. 5, c.p.c., stabilisce, infine, che costituisce motivo di revocazione il fatto che la sentenza impugnata con tale mezzo sia contraria ad altra precedente avente tra le parti autorità di cosa giudicata, purché non vi sia stata pronuncia sulla relativa eccezione.

A questo riguardo, si è detto che, in caso di sentenza d'appello che non tenga conto del giudicato formale intervenuto prima del suo deposito, debba essere proposta revocazione ex art. 395, n. 5, c.p.c., e non ricorso per cassazione, poiché, a differenza di quanto accade nell'ipotesi di giudicato sopravvenuto rispetto a tale momento, l'esaurimento della fase di merito si ha solo con il deposito della decisione di secondo grado, sicché, nel corso del giudizio di gravame, il giudicato esterno può essere dedotto con la produzione della sentenza munita di attestato di definitività, anche mediante un'apposita istanza che consenta la rimessione della causa sul ruolo (cfr **Sez. 5, n. 13987/2019, Gori, Rv. 653999-01**), e che l'inaammissibilità della revocazione delle decisioni della Corte di cassazione non si pone in contrasto con il diritto dell'Unione europea e neppure con i principi di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost., non recando alcun "vulnus" al principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti, atteso che la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia riconosce

l'importanza del principio della cosa giudicata, rimettendone la concreta attuazione all'autonomia processuale dei singoli Stati membri (**Sez. 5, n. 08630/2019, De Masi, Rv. 653530-01**).

3. Revocazione delle pronunce della Corte di cassazione.

Sul punto, diverse pronunce hanno riguardato la fase introduttiva del giudizio di revocazione di una sentenza della Corte di cassazione ai sensi art. 391-bis c.p.c..

Si è detto, infatti, che, quando il ricorso per revocazione appaia “prima facie” infondato, è superfluo, disporre la fissazione di un termine per l'integrazione del contraddittorio ovvero per la rinnovazione di una notifica nulla o inesistente, anche in presenza dei relativi presupposti, atteso che la concessione di esso si tradurrebbe, oltre che in un aggravio di spese, in un allungamento dei termini per la definizione del giudizio di cassazione senza comportare alcun beneficio per la garanzia dell'effettività dei diritti processuali delle parti, in quanto il principio della ragionevole durata del processo impone al giudice, ai sensi degli artt. 175 e 127 c.p.c., di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a produrre i suoi effetti (**Sez. 6-3, n. 16141/2019, Scrima, Rv. 654313-01**).

Si è detto altresì che la delibazione della sezione semplice, all'esito della pubblica udienza, circa l'inammissibilità del ricorso per revocazione non è vincolata dalla precedente valutazione di “non inammissibilità” compiuta dalla Corte, ai sensi dell'art. 391 bis, comma 4, c.p.c. (come sostituito dall'art. 1-bis comma 1, lett. l, n.3, del d.l. n. 168 del 2016), ai fini del rinvio alla pubblica udienza della sezione semplice, atteso che la più ampia garanzia assicurata dal giudizio celebrato in pubblica udienza si estende a tutte le questioni poste dal ricorso (**Sez. 2, n. 20856/2019, Scarpa, Rv. 655181-01**).

Con specifico riguardo all'inammissibilità del ricorso, poi, **Sez. 6-5, n. 08259/2019, Luciotti, Rv. 653549-01**, ha confermato il precedente orientamento, espresso da Sez. 6, n. 12046/2018, D'Ascola, Rv. 648547-01, secondo cui il ricorso per revocazione delle pronunce di cassazione con rinvio è inammissibile soltanto se l'errore revocatorio enunciato abbia portato all'omesso esame di eccezioni, questioni o tesi difensive che possano costituire oggetto di una nuova, libera ed autonoma valutazione da parte del giudice del rinvio, ma non anche se la pronuncia di

accoglimento sia fondata su un vizio processuale dovuto ad un errore di fatto o se il fatto di cui si denuncia l'errore percettivo sia assunto come decisivo nell'enunciazione del principio di diritto, o, nell'economia della sentenza, sia stato determinante per condurre all'annullamento per vizio di motivazione.

La pendenza del termine per la revocazione ex art. 391-bis c.p.c., secondo **Sez. 6-2, n. 11737/2019, Criscuolo, Rv. 653510-01**, non incide sulla decorrenza del termine di cui all'art. 4 della l. n. 89 del 2001 per l'avvio del procedimento di equa riparazione da irragionevole durata di un processo civile, conclusosi innanzi alla Corte di cassazione con una decisione di rigetto del ricorso o di inammissibilità o di decisione nel merito, in quanto il “dies a quo” è segnato dalla definitività del provvedimento conclusivo del procedimento nell'ambito del quale si assume verificata la violazione, sicché deve aversi riguardo alla data di deposito della decisione della Corte, quale momento che determina il passaggio in giudicato della sentenza.

Quanto infine al merito, **Sez. U. n. 31032/2019, Vincenti, Rv. 656234-01**, ha affermato che l'impugnazione per revocazione delle sentenze della Corte di cassazione è ammessa nell'ipotesi di errore da questa compiuto nella lettura degli atti interni al giudizio di legittimità, il quale presuppone l'esistenza di divergenti rappresentazioni dello stesso oggetto, emergenti una dalla sentenza e l'altra dagli atti e documenti di causa. Si è detto perciò che è esperibile, ai sensi degli artt. 391-bis e 395, comma 1, n. 4, c.p.c., la revocazione per l'errore di fatto in cui sia incorso il giudice di legittimità che non abbia deciso su uno o più motivi di ricorso, ma deve escludersi il vizio revocatorio tutte volte che la pronunzia sul motivo sia effettivamente intervenuta, anche se con motivazione che non abbia preso specificamente in esame alcune delle argomentazioni svolte come motivi di censura del punto, perché in tal caso è dedotto non già un errore di fatto (quale svista percettiva immediatamente percepibile), bensì un'errata considerazione e interpretazione dell'oggetto di ricorso e, quindi, un errore di giudizio.

4. Questioni procedurali.

Con riferimento alla fase introduttiva del procedimento per revocazione contro le sentenze della corte d'appello, si è affermato che l'atto di citazione deve essere sottoscritto da un difensore munito di procura speciale, con conseguente inutilizzabilità di quella rilasciata per il precedente giudizio di primo grado (cfr **Sez. 3, n. 22739/2019, Valle, Rv. 654940-01**), e che la notificazione della citazione per la revocazione di una sentenza di appello equivale, sia per la parte notificante che per la parte destinataria, alla notificazione della sentenza stessa ai fini della decorrenza del termine breve per proporre ricorso per cassazione, onde la

tempestività del successivo ricorso per cassazione va accertata non soltanto con riguardo al termine di un anno dal deposito della pronuncia impugnata, ma anche con riferimento a quello di sessanta giorni dalla notificazione della citazione per revocazione, a meno che il giudice della revocazione, a seguito di istanza di parte, abbia sospeso il termine per ricorrere per cassazione, ai sensi dell'art. 398, comma 4, c.p.c. (cfr **Sez. 5, n. 22220/2019, Fasano, Rv. 654828-01**).

A proposito di sospensione, **Sez. U, n. 21874/2019, Frasca, Rv. 655037-01**, risolvendo il contrasto insorto tra l'orientamento secondo cui, in virtù della modifica introdotta dall'art. 68 della legge 26 novembre 1990, n. 353, il termine iniziale di decorrenza del periodo di sospensione, in caso di accoglimento della relativa istanza da parte del giudice della revocazione, coincide con la data di emanazione del provvedimento previsto dall'art. 398, comma 4, c.p.c. e non con quella di presentazione dell'istanza medesima (**Sez. 1, n. 12701/2014, Campanile, Rv. 631345-01**) e quello secondo cui, viceversa, vale la data di proposizione dell'istanza di parte (**Sez. 3, n. 09239/2013, Carleo, Rv. 626000-01**), hanno chiarito come l'art. 398, comma 4, secondo inciso, c.p.c. debba interpretarsi nel senso che l'accoglimento, da parte del giudice della revocazione, dell'istanza di sospensione del termine per proporre ricorso per cassazione determini l'effetto sospensivo (anche del corso del giudizio di cassazione se frattanto introdotto) soltanto dal momento della comunicazione del relativo provvedimento, non avendo la proposizione dell'istanza alcun immediato effetto sospensivo sebbene condizionato al provvedimento positivo del giudice. Sull'argomento, ma in una prospettiva differente, **Sez. 6-5, n. 29037/2019, Castorina, Rv. 655761-01**, ha altresì affermato che, in tema di condono, l'istanza di sospensione del processo *ex* art. 6, comma 10, del d.l. n. 119 del 2018, conv., con modif., in l. n. 136 del 2018, è ammissibile solo per le controversie definite con sentenza non ancora impugnabile con mezzi ordinari e non anche per quelle definite con decisione per la quale l'unico rimedio esperibile sia la revocazione e, in applicazione di tale principio, ha dichiarato inammissibile la richiesta di sospensione del giudizio pendente avanti a sé per la revocazione di una propria ordinanza cassatoria, affermando che l'annullamento con rinvio della sentenza della C.T.R. non comporta la pendenza della lite rispetto al giudizio di revocazione, ma, eventualmente, rispetto a quello di rinvio.

Con riferimento poi ai termini per la proposizione del ricorso per la correzione degli errori materiali o per la revocazione delle sentenze della Corte di cassazione, in linea con il passato (cfr **Sez. 6-3, n. 21280/2018, D'Arrigo, Rv. 650490-01**), si è detto che la riduzione disposta, in sede di conversione del d.l. n. 168 del 2016, dalla l. n. 197 del 2016 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 29 ottobre 2016), si applica, in virtù del principio generale posto dall'art. 12 delle preleggi, solamente ai provvedimenti pubblicati dopo l'entrata in vigore della legge di riforma (30 ottobre

2016), non potendosi ravvisare una specifica disciplina transitoria nell'art. 1 bis, comma 2, del citato d.l. n. 168 del 2016 il quale, disponendo che le novità legislative si applichino ai ricorsi “per i quali non è stata fissata udienza o adunanza in camera di consiglio”, intende riferirsi alle sole norme dettate per la trattazione dei ricorsi e non anche al termine per il deposito degli stessi (cfr **Sez. 6-L, n. 2302/2019, Spena, Rv. 652616-01**).

Con riguardo alla riunione tra un ricorso per cassazione avverso la sentenza che aveva dichiarato inammissibile per tardività l'appello e quello avverso la decisione che aveva deciso l'impugnazione per revocazione avverso la medesima sentenza di appello, **Sez. 3, n. 14365/2019, Guizzi, Rv. 654203-01**, ha rigettato la relativa richiesta avanzata dalla parte, sostenendo che il rispetto del diritto fondamentale a una ragionevole durata del processo imponga al giudice, ai sensi degli artt. 175 e 127 c.p.c., di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo a una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla partecipazione al processo in condizioni di parità dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a esplicare i suoi effetti, e che l'istanza per la trattazione congiunta di una pluralità di giudizi relativi alla medesima vicenda, non espressamente contemplata dagli artt. 115 e 82 disp. att. c.p.c., debba essere sorretta da ragioni idonee ad evidenziare i benefici suscettibili di bilanciare gli inevitabili ritardi conseguiti all'accoglimento della richiesta, bilanciamento che dev'essere effettuato con particolare rigore nel giudizio di cassazione in considerazione dell'impulso d'ufficio che lo caratterizza, e ha rigettato l'istanza.

L'autonomia del giudizio di revocazione e del ricorso per cassazione è stata confermata da **Sez. 2, n. 08689/2019, Giannaccari, Rv. 653300-01**, la quale, dopo avere ricordato che, nel vigore della disciplina dell'art 398, ultimo comma, c.p.c., sussiste la possibilità che abbia luogo il contemporaneo svolgimento del giudizio di revocazione e del giudizio di cassazione, ha stabilito che, quando una sentenza della corte d'appello venga impugnata, sia per revocazione sia per cassazione, e la corte d'appello abbia dichiarato inammissibile l'istanza di revocazione, mentre la Corte di cassazione, in accoglimento del ricorso, abbia cassato con rinvio la pronuncia gravata, l'una e l'altra decisione devono ritenersi del tutto autonome, con la conseguenza che la sentenza della S.C. non esplica alcuna efficacia immediata nel giudizio di impugnazione per cassazione di quella della corte d'appello dichiarativa dell'inammissibilità della revocazione, salvo che non sia venuto meno l'interesse a coltivare il ricorso. Parimenti, **Sez. L., n. 06266/2019, Cinque, Rv. 653181-01**, sempre in virtù del principio di autonomia dei due giudizi, ha affermato

l'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza d'appello che ha rigettato la domanda di revocazione per errore di fatto, anche dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di legittimità sul merito, purché la questione non sia già stata esaminata e decisa, ancorché sotto il diverso angolo prospettico dell'errore di diritto, risolvendosi altrimenti in un'inammissibile duplicazione di giudizi in violazione del principio del "ne bis in idem" e dell'intangibilità del giudicato, e ha perciò dichiarato l'inammissibilità del ricorso per revocazione in quanto, nella specie, la questione della nullità del termine, relativa ad una specifica condizione posta dalla contrattazione collettiva, era già stata decisa in modo definitivo in sede di legittimità.

Quanto alle spese del giudizio, infine, **Sez. 2, n. 00975/2019, Scarpa, Rv. 652302-01**, nel condannare il ricorrente alle spese del giudizio di revocazione, in quanto, pur vittorioso con riguardo al giudizio rescindente, era rimasto soccombente in quello rescissorio, ha affermato che, in seguito all'accoglimento del giudizio di impugnazione per revocazione di una sentenza non definitiva emessa in sede di legittimità, il giudice della revocazione, definendo l'intero giudizio, è tenuto a regolare le spese non solo della fase rescindente, ma anche di quella rescissoria, ovverossia di quella riguardante l'eliminazione della pronuncia fondata sull'errore e di quella in cui si sostituisce quest'ultima con altra decisione.

Con riguardo alla revocazione di una sentenza del Consiglio di Stato, **Sez. U, n. 32114/2019, Genovese, Rv. 656172-01**, ha stabilito che la notificazione del relativo ricorso equivale (sia per la parte notificante che per la parte destinataria) alla notificazione della sentenza stessa ai fini della decorrenza del termine breve per proporre ricorso per cassazione, onde la tempestività del successivo ricorso per cassazione, ai sensi degli artt. 360, primo comma, n. 1, e 362 c.p.c., va accertata non soltanto con riguardo al termine di sei mesi dalla pubblicazione della pronuncia impugnata ma anche con riferimento a quello di sessanta giorni dalla notificazione del ricorso per revocazione.

5. Opposizione di terzo.

L'art. 404, c.p.c. prevede, al primo comma, che un terzo possa fare opposizione contro la sentenza, passata in giudicato o comunque esecutiva, pronunciata tra altre persone quando questa pregiudichi i suoi diritti e, al secondo comma, che gli aventi causa e i creditori di una delle parti possano fare opposizione alla sentenza, quando sia l'effetto di dolo o collusione a loro danno. Il relativo procedimento è disciplinato dagli artt. 405 e ss. c.p.c.

Quanto ai limiti soggettivi dell'azione, si è affermato che l'opposizione ordinaria di terzo, di cui all'art. 404, comma 1, c.p.c., non può essere esperita da tutti coloro

che assumano la posizione di terzi rispetto al giudizio in cui è stata emessa la sentenza opposta, ma soltanto da coloro i quali, rivestendo tale qualità, facciano anche valere, in relazione al bene oggetto della controversia, un proprio diritto, autonomo e, nel contempo, incompatibile con il rapporto giuridico accertato o costituito dalla sentenza stessa e siano, perciò, da essa pregiudicati in un loro diritto, pur senza essere soggetti agli effetti del giudicato (cfr **Sez. 1, n. 05244/2019, Marulli, Rv. 652810-01**), mentre l'opposizione di terzo di cui all'art. 404, comma 2, c.p.c., consente la rimozione della sentenza, passata in giudicato, che contenga un'affermazione obiettiva di verità che non ammette la possibilità di un diverso accertamento e possa avere efficacia riflessa nei confronti di un soggetto rimasto estraneo al rapporto processuale, purché questi sia titolare di un diritto non autonomo, ma dipendente dalla situazione definita in quel processo o, comunque, di un diritto subordinato a questa, come nel caso, esaminato nella specie, in cui la pronuncia con la quale era stata dichiarata l'indegnità a succedere dell'erede del debitore aveva efficacia riflessa anche nei confronti del creditore del "de cuius", che, rimasto estraneo al primo giudizio, aveva convenuto, in seguito, il detto erede per ottenere il pagamento di quanto dovuto dal defunto (cfr **Sez. 2, n. 05411/2019, Scarpa, Rv. 652762-02**).

Al giudizio di opposizione, poi, devono partecipare anche tutti quei soggetti nei cui confronti l'accertamento del diritto deve avvenire (o è opportuno che avvenga), a prescindere dal fatto che gli stessi non siano già stati parte del giudizio precedente, di cui il giudice è tenuto a disporre (o rispettivamente può disporre), a norma dell'art. 102 c.p.c. (ovvero dell'art. 107 c.p.c.), la partecipazione al processo, atteso che il principio secondo cui l'opposizione ordinaria ex art. 404, comma 1, c.p.c., costituendo un'impugnazione della decisione contro la quale è proposta, comporta la necessaria presenza in causa di tutte le parti del giudizio nel quale venne emessa la decisione impugnata, va coordinato con la natura del diritto (autonomo ed incompatibile) che il terzo, con prevalenza rispetto a quello risultante dalla sentenza impugnata, ha fatto valere. Si è detto, infatti, che la sentenza, con la quale si accerti che il terzo opponente è titolare di un diritto autonomo e incompatibile con quello riconosciuto dalla sentenza pronunciata "inter alias", non deve soltanto provvedere, in ragione di detta prevalenza, all'accoglimento dell'opposizione - ove il diritto del terzo prevalga, per ragioni di diritto sostanziale, su quello della parte vittoriosa nel primo giudizio -, dichiarando, con pronuncia rescindente, l'inefficacia nei confronti del terzo del giudicato formatosi tra le parti originarie, ma deve anche pronunciarsi, in sede rescissoria, sul merito della domanda proposta dal terzo, procedendo, secondo le ordinarie regole processuali, all'accertamento del reale modo d'essere del diritto che lo stesso ha azionato (cfr **Sez. 2, n. 21641/2019, Dongiacomo, Rv. 654906-01**).

Quanto, infine, all'esito del giudizio di opposizione, **Sez. 2, n. 10357/2019, Scarpa, Rv. 653498-01**, ha sostenuto che, nel caso in cui la sentenza di appello impugnata con il ricorso per cassazione sia stata annullata dal giudice "a quo" in accoglimento di un'opposizione di terzo proposta ai sensi dell'art. 404 c.p.c., il permanente interesse alla decisione del ricorso per cassazione sul merito della statuizione va verificato all'esito dell'eventuale passaggio in giudicato della sentenza di accoglimento dell'opposizione di terzo e ha perciò rinviato la causa a nuovo ruolo, in attesa dell'esito definitivo del giudizio di opposizione.

CAPITOLO XVII

IL PROCESSO DEL LAVORO E PREVIDENZIALE

(DI GIOVANNI ARMONE)

SOMMARIO: 1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro e previdenziali. – 1.1. Giurisdizione e vicende del rapporto d'impiego pubblico privatizzato. – 1.2. Il discrimine del 30 giugno 1998. – 1.3. Pubblico impiego privatizzato e giurisdizione contabile. – 1.4. La giurisdizione nei rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico. – 1.5. Rapporti di lavoro e giurisdizione del giudice straniero. – 2. La competenza. – 3. Il giudizio di primo grado. – 3.1. I poteri officiosi del giudice. – 3.2. La sentenza. – 4. L'appello. – 5. Il cd. rito Fornero – 6. Il processo previdenziale – 7. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445-bis c.p.c.

1. La giurisdizione nelle controversie di lavoro e previdenziali.

La rassegna dedicata al processo del lavoro e della previdenza si apre con le pronunce in cui la giurisprudenza di legittimità ha fissato le coordinate per l'affermazione del potere giurisdizionale del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

1.1. Giurisdizione e vicende del rapporto d'impiego pubblico privatizzato.

Le regole del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nella fase di costituzione del rapporto di pubblico impiego privatizzato possono dirsi ormai consolidate (v. da ultimo Sez. U, n. 08985/2018, Tria, Rv. 647916-01).

Le questioni che continuano a venire in evidenza traggono origine così da fattispecie molto specifiche e particolari.

In questa categoria rientra il caso deciso da **Sez. U, n. 01413/2019, Genovese, Rv. 652244-02**, relativo alla procedura d'interpello per la nomina dei direttori dei musei archeologici nazionali: sebbene aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità di fasi (la prima, riservata alla selezione dei *curriculum*; la seconda, caratterizzata da colloqui, e non da esami orali, per l'individuazione dei candidati dell'ultima fase; quella finale, sfociante nella formazione delle terne di nominativi, nell'ambito delle quali operare la nomina di un solo aspirante all'esito di una scelta conclusiva e fiduciaria del ministro o del direttore generale), la procedura è stata ritenuta di natura non concorsuale, avendo la fase finale carattere dominante rispetto all'intero percorso della selezione, sicché, per il principio di concentrazione delle tutele, le relative controversie sono attribuite al giudice ordinario, non potendo frazionarsi la giurisdizione con riferimento alle singole fasi del procedimento.

Sulla stessa falsariga, ma con un'importante differenza, si è posta **Sez. U, n. 06040/2019, F.M. Cirillo, Rv. 652979-01**, in una controversia in cui erano stati contestualmente impugnati gli atti d'interpello nazionale per il conferimento di incarichi dirigenziali presso un ente e l'atto di macro organizzazione che della

procedura selettiva costituisca il presupposto (il d.m. istitutivo del Parco archeologico del Colosseo).

Le Sezioni Unite hanno ribadito che, rispetto agli atti della procedura selettiva, la giurisdizione è del g.o., in funzione di giudice del lavoro, in quanto la procedura, sebbene aperta a soggetti esterni e caratterizzata da una pluralità articolata di fasi, non aveva natura concorsuale; hanno tuttavia negato che, in nome del principio di concentrazione delle tutele, fosse possibile sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo l'impugnazione dell'atto di macro organizzazione, avendo il ricorrente contestato la scelta organizzativa conseguente all'esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione, così lamentando la lesione di una posizione di interesse legittimo.

Non meno complesso è il conflitto di giurisdizione risolto da **Sez. U, n. 31757/2019, Doronzo, Rv. 656081 - 01.**

In epoca anteriore alla privatizzazione, un ente comunale aveva distaccato un proprio dipendente presso una Regione, ma aveva continuato a versargli la retribuzione spettante e, *medio tempore*, gli aveva anche riconosciuto una qualifica superiore. Chiesto e ottenuto da parte del Comune un decreto ingiuntivo nei confronti della Regione per il rimborso delle somme erogate al lavoratore, ne è sorto un conflitto di giurisdizione.

Le Sezioni unite hanno attribuito la cognizione al g.o., fissando i seguenti principi: - nel comando di dipendente pubblico, con riguardo alle competenze stipendiali spettanti al lavoratore, il rapporto intercorrente tra l'ente di appartenenza e l'ente di destinazione è un rapporto di debito-credito, disciplinato (*ratione temporis*, con riguardo alla controversia in esame) dall'art. 57 del t.u. sugli impiegati civili dello Stato (L. n. 3 del 1957, e ora art. 70 del d. lgs. n. 165 del 2001) - la pretesa azionata dal Comune ha un contenuto meramente patrimoniale, non venendo in rilievo poteri dettati a tutela di interessi generali o una verifica dell'esercizio di attività discrezionali; - il provvedimento di riconoscimento della qualifica superiore al dipendente costituisce espressione dei poteri che il datore di lavoro di appartenenza dello stesso mantiene anche durante il comando ed esso produce i suoi effetti diretti esclusivamente nel rapporto organico tra datore di lavoro e dipendente; - rispetto a tale provvedimento, l'ente distaccatario non vanta alcuna posizione giuridica soggettiva, essendo terzo rispetto al rapporto organico che lega il lavoratore all'ente di provenienza, né l'ordinamento gli riconosce un potere di verifica della correttezza dell'*agere* dell'altra amministrazione o un sindacato sui suoi poteri datoriali; - l'efficacia del provvedimento si riverbera sul rapporto di comando solo in via indiretta e riflessa, quale mero fatto, nella misura in cui esso può incidere sul *quantum* della obbligazione di pagamento; - a tal fine l'oggetto della cognizione del giudice di merito non è la legittimità o illegittimità sotto il profilo formale del provvedimento di inquadramento bensì l'ambito degli accordi in precedenza o successivamente raggiunti tra le parti e posti a base del provvedimento di comando, il concreto atteggiarsi della prestazione lavorativa del dipendente comandato, e in particolare l'effettivo svolgimento di mansioni superiori rispetto a quelle di inquadramento o per le quali era stato disposto il comando.

Peculiare è anche la fattispecie decisa da **Sez. U, n. 07929/2019, Perrino, Rv. 653433-01**, concernente la spinosa questione del rapporto di lavoro dei medici penitenziari: si trattava in particolare dell'impugnazione della delibera di non idoneità allo svolgimento dell'incarico del medico e degli atti ad essa prodromici.

La Corte ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario sulla scia della giurisprudenza della Corte costituzionale (v. Corte cost. n. 76 del 2015), secondo cui il rapporto del medico non è assimilabile al pubblico impiego bensì al lavoro autonomo; le modalità concrete di svolgimento dell'attività - in particolare, l'organizzazione del lavoro secondo il modulo dei turni e l'obbligo di attenersi alle direttive impartite dal direttore del carcere al dirigente sanitario - non integrano indici di subordinazione, ma sono espressione del necessario coordinamento con l'attività dell'amministrazione e con la complessa realtà del carcere, restando altresì irrilevante la circostanza che la scelta dei medici cui affidare l'incarico faccia seguito ad una procedura concorsuale per titoli.

Con riferimento al personale docente, va anzitutto menzionata **Sez. U, n. 17123/2019, Vincenti, Rv. 654372-01**, pronunciata su una delle molte questioni che si pongono rispetto alle graduatorie ad esaurimento. Anche in tale ambito, per individuare il giudice munito di giurisdizione occorre avere riguardo al *petitum* sostanziale dedotto in giudizio. Ne consegue che se oggetto di tale domanda è la richiesta di annullamento dell'atto amministrativo generale o normativo, e solo quale effetto della rimozione di tale atto - di per sé preclusivo del soddisfacimento della pretesa del docente all'inserimento in una determinata graduatoria - l'accertamento del diritto del ricorrente all'inserimento in quella graduatoria, la giurisdizione non potrà che essere devoluta al giudice amministrativo, essendo proposta in via diretta la domanda di annullamento di un atto amministrativo; viceversa, ove l'istanza rivolta al giudice sia specificamente diretta all'accertamento del diritto del singolo docente all'inserimento nella graduatoria, ritenendo che tale diritto scaturisca direttamente dalla normazione primaria, eventualmente previa disapplicazione dell'atto amministrativo che potrebbe precluderlo, la giurisdizione va attribuita al giudice ordinario. (Nella specie, la S.C. ha affermato la giurisdizione del g.o. in relazione ad una domanda con la quale il docente chiedeva l'inserimento nella seconda fascia delle graduatorie d'istituto, per gli anni 2017-2020, sulla base dell'equipollenza del titolo in suo possesso ai titoli utili alla collocazione in tale fascia ai sensi del d.m. n. 374 del 2017, di cui era invocata la disapplicazione).

Davanti alla Sezione Lavoro è stata invece posta la questione di giurisdizione relativa alle controversie in materia di mobilità del personale degli istituti di alta formazione e specializzazione artistica e musicale (AFAM).

Sez. L, n. 17140/2019, Torrice, Rv. 654365-01, ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto la l. n. 508 del 1999, pur inquadrando i predetti istituti tra le istituzioni di alta cultura riconosciute dall'art. 33 Cost. e garantendone l'autonomia statutaria e organizzativa, e pur avendo regolato il conferimento degli incarichi di insegnamento secondo modalità diverse sia da quelle previste per gli insegnanti di scuola primaria e secondaria, sia da quelle proprie dei professori universitari, ha nondimeno affidato alla contrattazione collettiva, nell'ambito di un

apposito comparto, la disciplina del rapporto di lavoro di tale categoria di dipendenti, inclusi i criteri di distribuzione del personale e la mobilità interna.

La fattispecie concreta riguardava un docente di conservatorio, che aveva chiesto, previa disapplicazione del provvedimento con cui il consiglio accademico aveva deliberato l'indisponibilità di una cattedra, l'accertamento del proprio diritto al trasferimento presso tale istituto. La S.C. ha escluso che il provvedimento di indisponibilità fosse da ricondurre all'attività autoritativa dell'amministrazione e che la situazione soggettiva del ricorrente fosse ascrivibile alla categoria degli interessi legittimi, in tal modo cogliendo anche l'occasione per ribadire una distinzione ormai consolidata: sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti gli atti amministrativi adottati dalle Pubbliche Amministrazioni nell'esercizio del potere loro conferito dall'art. 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, aventi per oggetto la fissazione delle linee e dei principi fondamentali della organizzazione degli uffici, nel cui quadro i rapporti di lavoro si costituiscono e si svolgono; spetta, invece, al giudice ordinario pronunciarsi sull'illegittimità e/o inefficacia di atti assunti dalle stesse Pubbliche Amministrazioni con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5 dello stesso decreto, di fronte ai quali sono configurabili solo diritti soggettivi, restando irrilevante il fatto che venga in questione un atto amministrativo presupposto, che può essere disapplicato a tutela del diritto azionato.

1.2. Il discrimine del 30 giugno 1998.

L'art. 69, comma 7, del d. lgs. n. 165 del 2001 fissa come discrimine temporale ai fini dell'individuazione del giudice munito di giurisdizione in materia di pubblico impiego la data del 30 giugno 1998.

Pur nella sua nettezza, si tratta di una indicazione temporale non sempre sufficiente a dissipare i dubbi sul riparto, specie quando il rapporto lavorativo di pubblico impiego si collochi a cavaliere della data suddetta. La giurisprudenza è dunque costretta a elaborare ulteriori sottocriteri distintivi, il principale dei quali è quello che invita a distinguere le ipotesi in cui la lesione della posizione giuridica del pubblico impiegato sia istantanea da quella che abbia invece carattere permanente.

Così, **Sez. U, n. 07208/2019, Doronzo, Rv. 652984-01**, nella controversia instaurata per il riconoscimento dell'anzianità di servizio pregressa dai dirigenti psicologi già in rapporto di lavoro "a convenzione" con il S.S.N. a far data dal 1980, e inquadrati straordinariamente in ruolo ai sensi dell'art. 3 della l. n. 207 del 1985, con delibere risalenti agli anni tra il 1985-1986, ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto la lesione del diritto di cui tali dirigenti chiedevano tutela, ed il conseguente inadempimento della P.A., si erano consumati istantaneamente all'atto dell'inquadramento, pacificamente disposto con provvedimenti adottati prima del 30 giugno 1998.

Viceversa, quando la questione si collochi, anche parzialmente, nel periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998 e la fattispecie dedotta in giudizio risulti essere sostanzialmente unitaria, la giurisdizione è del giudice ordinario del lavoro: ne consegue - **Sez. U, n. 18671/2019, Garri, Rv. 654587-01** - che sono

devolute a quest'ultimo le controversie relative a differenze retributive correlate ad atti di inquadramento anteriori alla data del 30 giugno 1998, che tuttavia producano i loro effetti anche oltre tale data, atteso che il fatto costitutivo del diritto alla maggiore retribuzione è la decorrenza dell'inquadramento economico, la cui efficacia permane e si protrae nel tempo.

1.3. Pubblico impiego privatizzato e giurisdizione contabile.

Ai fini del riparto di giurisdizione, i confini tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile sono i più difficili da tracciare.

Due sono i fronti e corrispondono alle due principali funzioni svolte dalla Corte dei conti in sede giurisdizionale: a) giudice della responsabilità; b) giudice delle pensioni pubbliche.

a) Rispetto alla prima funzione, un problema di riparto tra g.o. e giudice contabile tende a porsi nelle ipotesi di danno erariale in cui l'ente danneggiato svolge funzioni *lato sensu* pubblicistiche, specie quando l'azione di responsabilità è proposta nei confronti degli amministratori di società partecipate, al di fuori dunque di un rapporto lavorativo di subordinazione.

Talvolta, tuttavia, la domanda si dirige anche contro soggetti che, pur rivestendo ruoli apicali, sono legati all'ente privato da un rapporto di dipendenza. In tali casi, ove si ritenga che la giurisdizione sia del g.o., questi interverrà come giudice del lavoro.

Sez. U, n. 32608/2019, Giusti, Rv. 656173 – 01, si è dovuta confrontare con il regolamento di giurisdizione sorto dall'azione per danno erariale proposta dalla Procura regionale della Corte dei conti nei confronti del presidente e del direttore generale di una società privata interamente partecipata dalla Fondazione ENPAM, l'ente previdenziale dei medici e degli odontoiatri.

All'esito di una completa ricostruzione dello stato dell'arte in materia, ricca di riferimenti alla giurisprudenza e alle tesi dottrinali, le Sezioni Unite hanno affermato il principio secondo cui, ai fini del sorgere della giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*, la nozione di società *in house*, come codificata nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, non può spingersi sino a ricomprendere società partecipate, non già da una pubblica amministrazione secondo la definizione desumibile dall'art. 2, comma 1, lettera a), del testo unico approvato con il d.lgs. n. 175 del 2016, bensì da un soggetto - la Fondazione ENPAM - che, pur svolgendo un'attività pubblicistica ed essendo conseguenzialmente sottoposto alla vigilanza ministeriale e al controllo della Corte dei conti, ha la qualificazione giuridica di ente privato e come tale si presenta all'esterno. Gli strumenti di reazione a fronte di condotte di *mala gestio* di società partecipate dalla Fondazione sono quelli apprestati dal diritto privato.

b) Più numerose le controversie concernenti trattamenti previdenziali in favore dei lavoratori del pubblico impiego, nelle quali non sempre è agevole distinguere le fattispecie pensionistiche in senso stretto, riservate alla giurisdizione esclusiva della

Corte dei conti, da quelle in cui il legame del trattamento con il precedente rapporto di lavoro è più forte e la giurisdizione è pertanto del giudice ordinario.

In linea generale, **Sez. U, n. 31024/2019, Vincenti, Rv. 656074 – 02**, ha ribadito che la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti sulle pensioni pubbliche è recessiva rispetto a quella del giudice ordinario allorché la controversia abbia per oggetto la riliquidazione del trattamento pensionistico come diretta conseguenza di provvedimenti datoriali modificativi della retribuzione (nella specie, accessoria).

Sez. U, n. 18263/2019, Vincenti, Rv. 654444-01, si è confrontata invece con il caso, più particolare e complesso, delle controversie relative al trattamento pensionistico e previdenziale dei dipendenti delle Camere di commercio siciliane, assunti precedentemente all'entrata in vigore della l.r. Sicilia n. 29 del 1995, in cui il conflitto ha investito ben tre plessi giurisdizionali (giudice del lavoro, tribunale amministrativo regionale, corte dei conti).

La S.C. ha dapprima chiarito che la giurisdizione sul trattamento previdenziale dei dipendenti delle Camere di commercio segue quella sul rapporto di lavoro; il trattamento non grava infatti sullo Stato o sugli enti previdenziali, ma unicamente sui bilanci delle predette Camere, che sono tenute alla relativa corresponsione, con la conseguente impossibilità di applicare l'art. 3, comma 1, n. 1, del d.lgs. n. 655 del 1948, sulla istituzione di Sezioni della Corte dei conti per la Regione siciliana, che riserva, tra l'altro, alla Sezione giurisdizionale i giudizi sui ricorsi e sulle istanze degli impiegati della Regione concernenti pensioni, assegni e indennità a carico totale o parziale dello Stato o di altri enti pubblici previsti dalla legge. Operata questa premessa, la sentenza ha poi fatto operare il meccanismo temporale del 30 giugno 1998, specificando che le controversie concernenti fatti successivi a tale data appartengono al giudice ordinario.

Nella vicenda esaminata da **Sez. U, n. 21741/2019, Berrino, Rv. 655036-01**, la controversia verteva invece sull'accertamento dell'illegittimità della richiesta di rimborso delle somme percepite indebitamente a titolo di integrazione della pensione di reversibilità corrisposta dalla Provincia di Bolzano. La S.C. ha ritenuto che, ove la richiesta sia stata avanzata dall'ente locale in data successiva al 30 giugno 1998, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario e non quella del giudice contabile in materia pensionistica, atteso che gli emolumenti pretesi in restituzione - riconducibili ad una forma di previdenza integrativa, di tipo aziendale - non assolvono ad una funzione assistenziale, mentre la pensione che sarebbe spettata al *de cuius* all'atto del decesso rileva esclusivamente come parametro per la quantificazione del suddetto trattamento integrativo.

Analoga impostazione è stata seguita da **Sez. U, n. 15746/2019, Tria, Rv. 654213-01**, in una controversia avente per oggetto la domanda dell'INPS, nei confronti della P.A. ex datrice di lavoro, di restituzione degli interessi corrisposti su prestazioni pensionistiche pagate in ritardo a causa della tardiva trasmissione, ad opera della predetta P.A., di documenti necessari per la liquidazione della pensione: è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario e non quella della Corte dei conti, giacché la controversia in questione non investiva né l'*an*, né il *quantum*, né la decorrenza della pensione (cioè profili sostanziali idonei a farla rientrare nella sfera

di cognizione del giudice contabile ex artt. 13 e 62 del r.d. n. 1214 del 1934), ma riguardava aspetti inerenti ai rapporti tra ente erogatore e datore di lavoro, rispetto ai quali la liquidazione del trattamento pensionistico costituisce una semplice "occasione", ossia un mero presupposto di fatto non controverso che fa solo da sfondo al "*petitum* sostanziale".

La giurisdizione ordinaria, e non quella esclusiva della Corte dei conti in materia pensionistica, è stata infine affermata da **Sez. U, n. 21605/2019, Doronzo, Rv. 654878-01**, anche nella controversia, promossa dal pubblico dipendente, avente ad oggetto la domanda di accertamento della causa di servizio diretta ad ottenere l'equo indennizzo: il beneficio - volto alla protezione della speciale condizione del dipendente, divenuto infermo in ragione del suo rapporto con l'Amministrazione e del servizio prestato - non attiene ad un rapporto previdenziale autonomo dal rapporto di pubblico impiego, ma trova titolo immediato e diretto nello stesso rapporto.

1.4. La giurisdizione nei rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico.

Il caso affrontato da **Sez. U, n. 19895/2019, Perrino, Rv. 654875-01**, si collocava al crocevia di tre diverse giurisdizioni, concernendo la domanda di un professore universitario associato volta al riconoscimento dei benefici fiscali ex art. 3 d.l. n. 269 del 2013. La sentenza ha affermato la giurisdizione del g.a., da un lato in quanto la cognizione del giudice ordinario è limitata al personale universitario, con esclusione del rapporto d'impiego relativo ai professori e ricercatori universitari; dall'altro lato, ha escluso la predicabilità della giurisdizione tributaria, non riguardando la controversia il rapporto d'imposta.

1.5. Rapporti di lavoro e giurisdizione del giudice straniero.

La giurisdizione del giudice straniero può venire in rilievo, a proposito dei rapporti di lavoro, in due ipotesi: quando la prestazione lavorativa sia stata resa, in tutto o in parte, all'estero; quando il ruolo di datore di lavoro sia ricoperto da Stati, enti, organizzazioni stranieri.

La questione affrontata da **Sez. U, n. 18081/2019, Berrino, Rv. 654443-01**, appartiene al primo gruppo, trattandosi di un'attività lavorativa che, pur inerendo a diversi paesi del sud Europa, veniva svolta dal lavoratore avendo come punto di riferimento e sede principale il proprio domicilio in Italia. La Corte ha ritenuto dunque operante il criterio di attribuzione della competenza giurisdizionale previsto dall'art. 21, comma 1, lett. b), sub ii), del Regolamento UE n. 1215/2012, che consente di convenire in giudizio il datore di lavoro domiciliato in uno Stato membro davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui è o era situata tale sede: l'espressione "sede d'attività" presso la quale egli è stato assunto attiene all'organizzazione sul territorio del datore di lavoro, mentre la prevalenza dello svolgimento in un determinato ambito territoriale delle prestazioni rese dal lavoratore attiene alle concrete modalità esecutive dell'obbligazione assunta dal lavoratore.

Sempre nel primo gruppo rientra il caso affrontato da **Sez. L, n. 05187/2019, Cinque, Rv. 653022-01**, concernente la controversia promossa dal lavoratore per il conseguimento del risarcimento dei danni patiti a seguito di infortunio sul lavoro avvenuto in Francia, controversia cui era applicabile, *ratione temporis*, il Regolamento CEE n. 44 del 2001. La S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto correttamente adito il giudice italiano, essendo il datore di lavoro domiciliato in Italia e non rilevando quindi il luogo dell'attività prevista dal contratto di lavoro. L'art. 19 del Regolamento CEE n. 44 del 2001, quale norma speciale in materia di contratto individuale di lavoro, disponendo che il datore di lavoro domiciliato nel territorio di uno Stato membro possa essere convenuto davanti ai giudici dello Stato membro in cui è domiciliato o, qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, davanti al giudice del luogo in cui è o era situata la sede di attività presso la quale è stato assunto, prevede fori alternativi, come si evince dal tenore letterale della disposizione, per la presenza della particella disgiuntiva “o”.

Nel secondo gruppo rientrano invece le seguenti pronunce.

Sez. U, n. 80228/2019, Greco, Rv. 653282-01, ha deciso sulla domanda proposta da una cittadina bosniaca residente in quel Paese, relativa all'attività lavorativa prestata per il soddisfacimento delle esigenze del contingente italiano della forza multinazionale di stabilizzazione della NATO, ivi dislocata.

La S.C. ha affermato la giurisdizione della Bosnia Herzegovina, quale Stato di soggiorno, sulla base di due presupposti: a) l'art. 9 della Convenzione di Londra del 19 giugno 1951 (cd. SOFA della NATO), resa esecutiva in Italia con la l. n. 1355 del 1955, prevede che le condizioni di impiego e di lavoro delle persone assunte per i bisogni locali di manodopera - in particolare per quanto riguarda il salario, gli accessori e le condizioni di protezione dei lavoratori – al fine del soddisfacimento di esigenze materiali (cosiddetto personale a statuto locale), sono regolate conformemente alla legislazione in vigore nello Stato di soggiorno; b) la Bosnia Herzegovina ha ratificato in data 1° febbraio 2008 la Convenzione tra gli Stati parte del trattato Nord Atlantico e gli altri Stati partecipanti al partenariato per la pace sullo statuto delle loro forze, con protocollo addizionale, fatto a Bruxelles il 19 giugno 1995, con cui gli stessi si sono impegnati ad applicare la SOFA della NATO.

Nella controversia instaurata da un dipendente del *British Council*, già assunto a tempo indeterminato, per il riconoscimento del trattamento retributivo conseguente alla nullità di precedenti contratti a termine, **Sez. U, n. 06884/2019, D'Antonio, Rv. 652982-01**, ha invece ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice italiano, in applicazione del principio della cd. immunità ristretta, in quanto la ricostruzione del rapporto da un punto di vista economico non comporta in alcun modo apprezzamenti, indagini o statuizioni che possano incidere o interferire sugli atti o comportamenti dell'ente pubblico estero che siano espressione dei suoi poteri sovrani di autorganizzazione.

Analogamente, **Sez. U, n. 18661/2019, Garri, Rv. 654681-01**, ha affermato rientrare nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana la controversia avente ad oggetto l'accertamento della nullità o illegittimità del licenziamento intimato dall'ambasciata di uno Stato estero al suo dipendente che svolge mansioni ausiliarie

(nella specie di autista), il quale, successivamente alla proposizione del ricorso e nel corso del giudizio, abbia optato per l'indennità sostitutiva della reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 3, l. n. 300 del 1970: ove le mansioni rivestite dal dipendente siano meramente ausiliarie delle funzioni istituzionali del predetto Stato e l'accertamento in questione sia del tutto incidentale - per non esser possibile alcun ripristino del rapporto - rispetto al conseguimento di indennità meramente economiche, l'accertamento della legittimità o meno del licenziamento non è infatti idoneo a interferire su atti e comportamenti dello Stato estero che siano espressione dei suoi poteri sovrani di autorganizzazione.

2. La competenza.

In ambito lavoristico, l'espressione "competenza" viene utilizzata anzitutto per individuare i rapporti e le controversie rientranti nel raggio applicativo dell'art. 409 c.p.c., che sono solitamente trattate secondo il rito del lavoro (salva l'applicazione del rito speciale cd. Fornero o di altri riti speciali, in rare ipotesi ricavabili dal d. lgs. n. 150 del 2011).

A tale proposito, si è ribadito che il giudice del lavoro è competente funzionalmente a decidere in merito alla domanda di riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato, parasubordinato o d'opera, presentata dall'amministratore unico di una società, che abbia ad oggetto l'accertamento e l'esecuzione di un rapporto di lavoro che si sostanzia in attività estranee alle funzioni inerenti al rapporto organico (**Sez. 6-L, n. 12308/2019, Spena, Rv. 654013-01**).

Nell'ambito invece delle questioni di competenza in senso proprio, sono i criteri di competenza territoriale a richiedere più frequenti precisazioni.

Si veda così **Sez. 6-L, n. 14449/2019, Rivero, Rv. 654021-01**, che è ritornata sul concetto di dipendenza aziendale e ha ribadito che, con tale espressione, deve intendersi il luogo in cui il datore ha dislocato un nucleo, seppur modesto, di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, dovendo escludersi che la competenza territoriale possa radicarsi nel mero luogo di svolgimento della prestazione lavorativa (il caso concerneva una prestazione di portierato e guardiania non armata resa presso la sede della società appaltante e in quel luogo non assistita da una pur minima struttura organizzativa riferibile al datore).

Con riferimento al lavoro pubblico latamente inteso, nel corso del 2019 meritano di essere segnalate le seguenti decisioni.

Nel caso di utilizzazione temporanea di un pubblico dipendente presso altro ufficio appartenente alla stessa amministrazione (nella specie, docente di scuola media che, benché fosse stata assegnata, previa procedura di mobilità, ad un determinato ambito regionale, al tempo dell'introduzione della causa svolgeva temporaneamente servizio in una scuola media di una diversa regione), **Sez. 6-L, n. 00506/2019, Fernandes, Rv. 652609-01**, ha statuito che la competenza per territorio va determinata con riguardo al luogo in cui il lavoratore presta effettivamente servizio, in quanto la *ratio legis* è quella di rendere più funzionale e celere il processo, radicandolo nei luoghi normalmente più vicini alla residenza del

dipendente, nei quali sono più agevolmente reperibili gli elementi probatori necessari al giudizio.

Nell'ipotesi invece di domanda del docente precario volta ad ottenere l'iscrizione nelle graduatorie permanenti costituite in diverse province, la competenza spetta al tribunale del luogo in cui l'insegnante, al momento dell'introduzione della lite, presta la propria attività lavorativa, in ragione del collegamento funzionale tra il rapporto in essere e la pretesa alla costituzione di quello successivo (**Sez. 6-L, n. 00162/2019, Ghinoy, Rv. 652228-01**).

Sul tema, in passato molto controverso, del lavoro delle persone detenute, la giurisprudenza di legittimità sembra essersi ormai assestata sui seguenti principi.

Non è applicabile il criterio di competenza territoriale di cui all'art. 413, comma 5, c.p.c., da intendersi specificamente riferito ai rapporti di lavoro pubblico, mentre sono applicabili i criteri previsti dall'art. 413, comma 2, c.p.c., trattandosi di prestazioni svolte - sia pure per il perseguimento dell'obiettivo di fornire alle persone detenute occasioni di lavoro e sotto la gestione degli istituti di pena, all'interno o all'esterno degli stessi penitenziari - nell'ambito di una struttura aziendale finalizzata alla produzione di beni per il soddisfacimento di commesse pubbliche e private, con conseguente instaurazione di un rapporto di lavoro privato. Ne consegue che, intercorrendo detto rapporto con il Ministero della giustizia, il quale, per il tramite del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, esercita un ruolo fondamentale su rilevanti aspetti organizzativi dell'attività produttiva realizzata nei singoli istituti, e, quindi, va considerato quale centro di direzione e coordinamento delle strutture aziendali che fanno capo ai singoli istituti, in applicazione del criterio di collegamento stabilito dall'art. 413, comma 2, c.p.c., costituito dalla sede dell'azienda (ossia del luogo in cui l'azienda viene gestita), sussiste la competenza del Tribunale di Roma, ferma restando l'operatività degli altri due fori alternativi, ivi enunciati, a scelta della parte attrice (**Sez. 6-L, n. 12205/2019, Spena, Rv. 653766-01**).

Interessante è anche **Sez. 6-L, n. 29218/2019, Esposito, Rv. 655898-01**, relativa alla nuova competenza territoriale esclusiva del Tribunale di Roma per le cause in materia di lavoro del personale adibito alle scuole italiane all'estero. In linea con la costante interpretazione dell'art. 5 c.p.c., la Corte ha stabilito che tale nuova competenza territoriale non si applica ai giudizi introdotti prima della sua entrata in vigore.

In materia previdenziale, le pronunce di rilievo sono le seguenti.

Dato per acquisito che, alle controversie inerenti agli obblighi contributivi dei datori di lavoro, si applica l'art. 444, comma 3, c.p.c., con la conseguente competenza del tribunale, in funzione di giudice del lavoro, in cui ha sede l'ufficio dell'ente previdenziale, si è posto il problema di come si identifichi il luogo dove tale ufficio ha sede.

Sez. 6-L, n. 06178/2019, Spena, Rv. 653140-01, in un caso di opposizione avverso un avviso di addebito per il recupero di contributi e per l'applicazione delle relative sanzioni civili, ha affermato che deve intendersi quello che, in quanto investito del potere di gestione esterna, sia legittimato a ricevere i contributi, a pretenderne giudizialmente il pagamento e a restituirne l'eventuale eccedenza.

Sez. 6-L, n. 30472/2019, Rivero, Rv. 656313-01, si è invece occupata delle azioni riguardanti l'Inail, ribadendo un'importante distinzione. Se viene in rilievo un obbligo primario, come l'aprire una posizione assicurativa o contributiva o pagare i relativi premi e contributi, il giudice del luogo va collegato alla sede dell'ufficio dell'ente competente a curare la prima, a ricevere la seconda ed a pretenderne il pagamento in giudizio. Se viene in gioco invece un obbligo datoriale come quello di restituire l'equivalente delle prestazioni erogate dall'INAIL, per un infortunio sul lavoro o una malattia professionale come nell'azione di regresso, la competenza va legata, ai sensi dello stesso art. 444, 3 comma, eminentemente alla sede dell'ufficio dell'ente competente ad istruire la pratica, a pagare le prestazioni e pertanto a riceverne la restituzione; sede che può eventualmente non coincidere con quella del luogo dove è aperta la posizione contributiva o si pagano i premi o i contributi; e ancor meno coincidere con la sede legale dell'Istituto o con la sede dell'impresa.

A proposito del rilievo della eventuale incompetenza territoriale del giudice del lavoro, **Sez. 6 - L, Ordinanza n. 10516/2019, Rivero, Rv. 653461-01**, è tornata su un tema che sembrava chiuso e ha ribadito l'orientamento consolidatosi all'indomani della novella dell'art. 38 c.p.c.: la disposizione dell'art. 428, primo comma, c.p.c., secondo la quale l'incompetenza può essere rilevata d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c., va intesa nel significato che detta incompetenza può essere rilevata non oltre la prima udienza in senso cronologico, ossia quella fissata con il decreto contemplato dall'art. 415 c.p.c., in quanto il legislatore, con la nuova normativa, ha inteso accelerare al massimo i tempi di risoluzione delle questioni di competenza (per un'analogia presa di posizione nell'ambito del rito Fornero v. *infra*).

Interessante è anche la questione risolta da **Sez. 6-L, n. 06179/2019, Cavallaro, Rv. 653141-01**: quando il giudice abbia deciso una questione di distribuzione degli affari civili all'interno dello stesso ufficio giudiziario (come, nella specie, il medesimo tribunale in funzione di giudice fallimentare e quale giudice del lavoro), qualificandola erroneamente come questione di competenza, il mezzo di impugnazione esperibile contro il provvedimento che abbia riguardato solo questo punto è, in applicazione del principio dell'apparenza, il regolamento necessario di competenza.

3. Il giudizio di primo grado.

A proposito del processo di lavoro di primo grado, nel corso del 2019 la Cassazione si è limitata a poche puntualizzazioni.

La portata del principio di non contestazione è stata precisata da **Sez. L, n. 20998/2019, Di Paolantonio, Rv. 654802-01**, con riferimento al frequente problema dei conteggi depositati dal lavoratore in allegato al ricorso introduttivo: secondo la S.C. è necessaria una distinzione tra la componente fattuale e quella normativa dei calcoli, nel senso che è irrilevante la non contestazione attinente all'interpretazione della disciplina legale o contrattuale della quantificazione, appartenendo al potere-dovere del giudice la cognizione di tale disciplina, mentre

rileva quella che ha ad oggetto i fatti da accertare nel processo e non la loro qualificazione giuridica.

Sez. L, n. 06664/2019, Marchese, Rv. 653193-01, ha tracciato una sottile, importante distinzione in tema di litisconsorzio necessario. Quest'ultimo sussiste nel caso di domanda del lavoratore intesa ad accertare un rapporto plurisoggettivo, cd. di codatorialità, agendo il lavoratore per l'accertamento, con efficacia di giudicato, di un unico centro di imputazione dal lato passivo del rapporto; diversa è l'ipotesi in cui l'azione sia diretta ad affermare l'esistenza del rapporto con l'unico datore di lavoro effettivo e a negarlo con quello apparente, dato che in tale ultimo caso l'accertamento negativo del rapporto fittizio con il datore di lavoro interposto avviene in via soltanto incidentale.

Le questioni che ruotano intorno alla distinzione tra mutamento della domanda e domanda nuova sono state analizzate, con riferimento al rito del lavoro, ancorché in una controversia in materia locatizia, da **Sez. 3, n. 06728/2019, Scarano, Rv. 653253-01**: le parti, ricorrendo gravi motivi e previa autorizzazione del giudice, possono modificare ex art. 420 c.p.c. domande, eccezioni e conclusioni già formulate ma non anche proporre domande nuove per *causa petendi* o *petitum*, neppure con il consenso della controparte (esplicito, mediante l'espressa accettazione del contraddittorio, ovvero implicito nella difesa nel merito); la valutazione circa la sussistenza dei gravi motivi comporta un accertamento di fatto, riservato al giudice di merito, il cui esito può risultare dall'istruttoria ed essere manifestato per implicito.

Il tema dell'intervento volontario è stato trattato da **Sez. 3, n. 17932/2019, F.M. Cirillo, Rv. 654408-01**: esso non può avvenire oltre il termine stabilito per la costituzione del convenuto e, qualora esso sia tardivo e non finalizzato all'integrazione necessaria del contraddittorio, la tardività non può essere sanata dall'accettazione del contraddittorio da parte del soggetto contro il quale il terzo abbia proposto le sue domande e può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, attesa la rilevanza degli interessi coinvolti.

Quanto all'eventuale mutamento del rito, **Sez. 3, n. 18048/2019, Scrima, Rv. 654356-01**, ha precisato che non è necessario un provvedimento formale per il passaggio dal rito del lavoro al rito ordinario, a meno che gli atti non debbano essere messi in regola con le disposizioni tributarie o che si renda necessario un mutamento di competenza, ai sensi dell'art. 427 c.p.c.

Di sicuro interesse è infine **Sez. L, n. 26768/2019, Marotta, Rv. 655515 - 01**, in un caso di declinatoria di giurisdizione da parte del giudice amministrativo e tardiva riassunzione davanti al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro. La sentenza ha ripercorso gli orientamenti giurisprudenziali in tema di conservazione degli atti processuali e ha concluso che, ove l'atto di tardiva riassunzione abbia i caratteri del ricorso ex art. 414 c.p.c., esso, pur inidoneo a far conseguire alla parte i vantaggi tipici della *translatio iudicii*, vale a dire la salvezza degli effetti della originaria domanda, può essere considerato introduttivo di un nuovo autonomo giudizio.

3.1. I poteri officiosi del giudice.

Sull'estensione dei poteri officiosi del giudice del lavoro in sede istruttoria, si profila importante **Sez. L, n. 28439/2019, Calafiore, Rv. 655607-01**, con cui è stato nettamente affermato che il giudice, fin dal primo grado e dunque anche in appello, deve esercitare il proprio potere-dovere di integrazione probatoria *ex officio*, acquisendo dunque la documentazione offerta contestualmente all'atto di impugnazione, sulla base di allegazione effettuata già nella memoria di primo grado, laddove tale documentazione sia indispensabile per provare il carattere provvisorio della liquidazione del trattamento pensionistico ritenuto in parte indebito. Sul punto si veda anche **Sez. 6- L, n. 07883/2019, L. Esposito, Rv. 653249-01**.

Sulla stessa lunghezza d'onda sono poi: **Sez. L, n. 11940/2019, F. Amendola, Rv. 653749-01**, con cui, in tema di licenziamento, la Cassazione ha affermato che l'eccezione datoriale di inapplicabilità della tutela reale, ai sensi dell'art. 18 della l. n. 300 del 970, ha natura di eccezione in senso lato, sicché è nella facoltà del giudicante rilevarla d'ufficio e, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi ex art. 421 c.p.c., con riferimento ai fatti allegati ed emersi dal contraddittorio, ammettere le prove indispensabili per decidere la causa sul punto; **Sez. L, n. 21410/2019, Bellè, Rv. 654809-01**, secondo cui il giudice ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori idonei a superare l'incertezza sui fatti costitutivi adottati dalle parti e decisivi per la definizione della lite, con l'aggiunta che gli elementi probatori così acquisiti possono fondare anche una ricostruzione fattuale diversa dalle allegazioni delle parti, purché nel rispetto del principio della domanda.

Sulle condizioni per far valere in sede di giudizio di legittimità il mancato esercizio di detti poteri nel rito del lavoro, si vedano poi le puntualizzazioni di **Sez. L, n. 22628/2019, Garri, Rv. 655013-01**: il ricorrente deve riportare in ricorso gli atti processuali dai quali emerge l'esistenza di una "pista probatoria" qualificata, ossia l'esistenza di fatti o mezzi di prova, idonei a sorreggere le sue ragioni con carattere di decisività, rispetto ai quali avrebbe potuto e dovuto esplicitarsi l'officiosa attività di integrazione istruttoria demandata al giudice di merito, ed allegare, altresì, di avere espressamente e specificamente richiesto tale intervento nel predetto giudizio.

Il tema dei poteri officiosi del giudice comprende anche la questione dei confini del principio *iura novit curia*: a tale proposito, **Sez. 6-L, n. 06394/2019, Cavallaro, Rv. 653173-01**, ha chiarito che la conoscibilità *ex officio* di un contratto collettivo si atteggia diversamente a seconda che si versi in un'ipotesi di violazione del contratto collettivo nazionale di lavoro privatistico o di un contratto collettivo nazionale del pubblico impiego; mentre nel primo caso il contratto è conoscibile solo con la collaborazione delle parti, la cui iniziativa, sostanzandosi nell'adempimento di un onere di allegazione e produzione, è assoggettata alle regole processuali sulla distribuzione dell'onere della prova e sul contraddittorio (che non vengono meno neppure nell'ipotesi di acquisizione giudiziale ex art. 425, comma 4, c.p.c.), nel secondo caso il giudice procede con mezzi propri.

3.2. La sentenza.

Alcune precisazioni sono state fatte sulla nullità della sentenza nel rito del lavoro.

Sez. L, n. 21618/2019, Garri, Rv. 654821-01, ha chiarito che soltanto il contrasto insanabile tra dispositivo e motivazione è idoneo a determinarla, da far valere mediante impugnazione, in difetto della quale prevale il dispositivo. Tale insanabilità deve tuttavia escludersi quando sussista una parziale coerenza tra dispositivo e motivazione, divergenti solo da un punto di vista quantitativo, e la seconda inoltre sia ancorata ad un elemento obiettivo che inequivocabilmente la sostenga; in tal caso è configurabile l'ipotesi legale del mero errore materiale, con la conseguenza che, da un lato, è consentito l'esperimento del relativo procedimento di correzione e, dall'altro, deve qualificarsi come inammissibile l'eventuale impugnazione diretta a far valere il contrasto tra dispositivo e motivazione. Nella specie, la S.C. ha ravvisato mero errore materiale nella sentenza di merito la quale, nell'accogliere la domanda al pagamento di differenze retributive, recava in dispositivo la condanna ad una somma calcolata in base al livello richiesto dal lavoratore e in motivazione il riconoscimento dell'inquadramento in un maggior livello non richiesto.

Quanto alla mancata sottoscrizione della sentenza da parte del giudice che l'ha pronunciata, essa, nei giudizi soggetti al rito del lavoro, deve essere verificata con riferimento alla "sentenza", completa di motivazione e di dispositivo, sicché è irrilevante la sussistenza o meno della sottoscrizione sul dispositivo letto in udienza, ritualmente inserito in un verbale di cui il segretario d'udienza abbia attestato la regolarità formale (**Sez. 3, n. 01271/2019, Iannello, Rv. 652468-02**).

4. L'appello.

Rispetto al giudizio d'appello, nel corso del 2019 la S.C. ha anzitutto ribadito il proprio costante insegnamento in materia di inosservanza del termine a comparire *ex art. 435, comma 3, c.p.c.*; ad essa consegue non già l'improcedibilità dell'appello, bensì la nullità della notificazione, suscettibile, perciò, di essere rinnovata (**Sez. 6-L, n. 12691/2019, Rivero, Rv. 654014-01**).

Ispirata a un'ottica antiformalistica è anche **Sez. L, n. 20995/2019, Di Paolantonio, Rv. 654800-01**: nei giudizi di appello soggetti al rito del lavoro, l'omessa notificazione del decreto di anticipazione dell'udienza non determina l'improcedibilità del gravame in caso di tempestiva notificazione del ricorso e dell'originario decreto di fissazione dell'udienza.

Sez. L, n. 03807/2019, Calafiore, Rv. 652885-01, si è soffermata sulle condizioni di tempestività dell'appello, precisando che essa, anche in relazione al termine annuale di cui all'art. 327 c.p.c., va riscontrata con riferimento alla data del deposito del ricorso introduttivo presso la cancelleria del giudice di secondo grado e non a quella della successiva notificazione del ricorso stesso e del decreto di fissazione di udienza; ne consegue che, quando quel deposito sia avvenuto entro l'anno dalla pubblicazione della sentenza impugnata, la successiva notificazione,

ancorché eseguita oltre l'anno dal deposito della sentenza, resta soggetta al disposto dell'art. 330, comma 1 c.p.c., ove si indica come destinatario il procuratore costituito e non la parte personalmente.

In tema di nuova prova in appello, va ricordato che Sez. U, n. 10790/2017, A. Manna, Rv. 643939-01, aveva definito la prova indispensabile in appello, ai sensi dell'art. 345, comma 3, c.p.c., nel testo previgente rispetto alla novella di cui al d.l. n. 83 del 2012, conv., con modif., dalla I. n. 134 del 2012, come “quella di per sé idonea ad eliminare ogni possibile incertezza circa la ricostruzione fattuale accolta dalla pronuncia gravata, smentendola o confermandola senza lasciare margini di dubbio oppure provando quel che era rimasto indimostrato o non sufficientemente provato, a prescindere dal rilievo che la parte interessata sia incorsa, per propria negligenza o per altra causa, nelle preclusioni istruttorie del primo grado”.

Sez. 6-L, n. 07883/2019, L. Esposito, Rv. 653249-01, ha fatto un’interessante applicazione di tali principi, cassando la sentenza d’appello che, intervenuta nel corso del processo la pronuncia della Corte Costituzionale che ha ampliato l’ambito di spettanza del congedo per disabilità, aveva giudicato tardiva la produzione documentale dimostrativa di tale condizione, senza valutarne la potenziale indispensabilità, avuto riguardo allo sviluppo assunto dall’intero processo.

Infine, va menzionata **Sez. 3, n. 13963/2019, Iannello, Rv. 654050-01**, con cui si è precisato che il principio della immodificabilità della composizione del collegio giudicante a partire dal momento in cui ha inizio la discussione della causa (principio applicabile anche al rito del lavoro, con riguardo alle decisioni in grado di appello) comporta che, ove dal verbale di udienza e dal dispositivo letto in udienza risultino due diverse composizioni dell’organo collegiale, determinandosi così una assoluta incertezza sul permanere della identità di composizione del collegio dall’inizio della discussione della causa alla lettura del dispositivo, la sentenza deve ritenersi affetta da nullità insanabile.

5. Il cd. rito Fornero.

Il cd. rito Fornero, introdotto dall’art. 1, commi 48 ss., l. n. 92 del 2012, continua a sollevare questioni interpretative.

Prendendo le mosse dalla fase di primo grado, deve dirsi ormai acquisito che essa ha carattere unitario sotto il profilo delle preclusioni assertive e probatorie e che la fase di opposizione, a seguito della fase sommaria, non è una *revisio prioris instantiae*, ma una prosecuzione del giudizio di primo grado, ricondotto in linea di massima al modello ordinario.

Pertanto, non costituisce domanda nuova, inammissibile per mutamento della *causa petendi*, né la deduzione in fase di opposizione di una modulazione del rapporto subordinato diversa da quella prospettata nella fase sommaria (**Sez. L, n. 05993/2019, Cinque, Rv. 652895-01**), né la prospettazione di ulteriori motivi di invalidità del recesso per superamento del periodo di comportamento rispetto a quelli dedotti nella fase sommaria, ove fondata sui medesimi fatti costitutivi (**Sez. L, n. 09458/2019, Leone, Rv. 653605-01**).

L’unitarietà deve essere tuttavia intesa in senso funzionale.

Da un lato, ciò implica, sulla scia di Sez. 6-L, n. 18263/2017, Ghinoy, Rv. 64514101, che l'eventuale incompetenza per territorio deve essere, oltre che eccepita dalla parte, anche rilevata d'ufficio *in limine litis*.

Come evidenziato da **Sez. 6-L, n. 30473/2019, Rivero, Rv. 655899-01**, nel rito in esame, esistono infatti, e sono anzi rafforzate, le stesse esigenze di celerità e di certezza vevoli in generale per il rito ordinario del lavoro (su cui la citata **Sez. 6-L, n. 10516/2019, Rivero, Rv. 653461-01**), le quali inducono ad accelerare al massimo la risoluzione delle questioni di competenza pure nel rito speciale ex art. 1, comma 51 l. 92/2012. Pertanto, la decisione sulla competenza va emanata in base a quanto risulta dagli atti, o, al più, previa assunzione di sommarie informazioni, ma in nessun caso può essere differita alla fase di opposizione, dopo aver deciso la causa nel merito, ancorché all'esito della fase sommaria. Una simile soluzione - ha aggiunto la S.C. - assume infatti connotazioni asistematiche e contrasta con qualsiasi criterio contenutistico piuttosto che meramente temporale (tale, dunque, da prescindere dal numero di udienze in cui si sia in concreto svolta la fase processuale) applicabile nella soluzione della questione, essendo evidentemente incongruo dichiarare la propria incompetenza per territorio dopo aver giudicato nel merito la domanda ed aver quindi posto in essere un'attività che logicamente presuppone l'affermazione della propria competenza.

L'unitarietà non esclude però che il procedimento di primo grado si distingua comunque in due distinti segmenti procedurali.

Nella fase di opposizione è pertanto necessaria un'autonoma costituzione delle parti, come è dimostrato dal fatto che l'art. 1, commi 51 e 53, della l. n. 92 del 2012 preveda a loro carico gli stessi incombeni che caratterizzano l'introduzione del giudizio nel rito del lavoro: ne consegue - come chiarito da **Sez. L, n. 02930/2019, Bellè, Rv. 652605-01** - che il ricorso in opposizione può essere depositato in forma cartacea, non ricorrendo i presupposti per l'applicazione dell'art. 16-*bis* del d.l. n. 179 del 2012 (conv., con modif., dalla l. n. 221 del 2012), secondo cui il deposito degli atti processuali delle parti precedentemente costituite ha luogo esclusivamente con modalità telematiche.

L'opposizione mantiene tuttavia alcuni tratti impugnatori, atteso che, come affermato da **Sez. L, n. 13532/2019, Pagetta, Rv. 653961-02**, è inammissibile la domanda riconvenzionale proposta dalla parte convenuta nel giudizio di opposizione ex art. 1, comma 51, della l. n. 92 del 2012, tardivamente instaurato, secondo un meccanismo analogo a quello previsto dal combinato disposto degli artt. 334, 343 e 371 c.p.c., in forza del quale l'impugnazione incidentale tardiva perde efficacia se l'impugnazione principale è dichiarata inammissibile.

Di portata generale è anche **Sez. L, n. 00186/2019, Pagetta, Rv. 652450-01**, con cui la S.C. ha ribadito l'estensione oggettiva del procedimento introdotto nel 2012: il tenore letterale dell'art. 1, comma 47, della l. n. 92 del 2012 - nella parte in cui prevede l'applicazione del rito speciale per l'impugnativa dei licenziamenti alle ipotesi in cui debbano essere "risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro" - depone chiaramente nel senso di ricomprendere anche le controversie che presuppongono la necessità di accertamento della natura

subordinata del rapporto (nella specie, il lavoratore era stato allontanato dall'azienda dopo la scadenza dell'ultimo contratto a progetto, di cui si predicava la natura subordinata).

Fonte di notevoli incertezze, nella giurisprudenza di merito, era anche la questione del licenziamento intimato dal datore di lavoro apparente e della possibilità di impugnarlo, previo accertamento della reale titolarità del rapporto, secondo le scansioni del rito Fornero: **Sez. L, n. 29889/2019, Boghetich, Rv. 655858-01**, ha chiarito che anche tale ipotesi rientra nell'ambito di applicazione di cui all'art. 1, comma 47, della l. n. 92 del 2012, con il solo limite di quelle artificiose, sicché, una volta azionata dal lavoratore una impugnativa di licenziamento postulando l'applicabilità delle tutele previste dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, il procedimento speciale deve trovare ingresso a prescindere dalla fondatezza delle allegazioni, senza che la veste formale assunta dalle relazioni giuridiche tra le parti ne possa precludere l'accesso.

Come precisato da **Sez. L, n. 15011/2019, Ponterio, Rv. 653987-01**, l'ordinanza di mutamento dal rito speciale cd. Fornero - emessa al termine della fase sommaria - al rito ordinario del lavoro non ha contenuto decisorio; ne consegue che non è ammessa l'opposizione avverso l'ordinanza medesima.

Passando alle impugnazioni, la S.C. ha anzitutto fissato il principio per cui la disciplina della cd. doppia conforme in appello si applica anche al rito Fornero, con la conseguente applicabilità, nel giudizio di cassazione, oltre che dei commi 3 e 4 dell'art. 348 *ter* c.p.c., anche del comma 5: si tratta di **Sez. L, n. 06544/2019, Marchese, Rv. 653188-01**.

Con specifico riferimento al termine breve per proporre reclamo contro la sentenza che decide il ricorso in opposizione, di cui all'art. 1, comma 58, della l. n. 92 del 2012, merita segnalazione **Sez. L, n. 28751/2019, Spena, Rv. 655700-01**, secondo cui detto termine decorre dalla comunicazione di cancelleria della sentenza a mezzo PEC, che, come tale, non richiede l'apposizione della formula "Notificazione ai sensi del d.l. 179 del 2012", prevista dall'allegato 8 delle specifiche tecniche del PCT del 16.4.2014 per le sole notificazioni e non anche per le comunicazioni, senza che rilevi che per entrambi gli atti il biglietto di cancelleria contiene il testo integrale del provvedimento trasmesso.

Quanto al termine di sessanta giorni per proporre ricorso per cassazione, previsto dal successivo comma 62 dello stesso art. 1, **Sez. L, n. 32263/2019, Boghetich, Rv. 656048 - 01**, ha stabilito – in analogia con quanto già affermato da **Sez. 6-L, n. 06059/2019, Esposito, Rv. 647388-02**, per il termine di reclamo – che esso decorre dalla semplice comunicazione del provvedimento, trattandosi di previsione speciale, che in via derogatoria comporta la decorrenza del termine da detto incombente, su cui non incide la modifica dell'art. 133, comma 2, c.p.c., nella parte in cui stabilisce che "la comunicazione non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all'art. 325 c.p.c", in quanto attinente al regime generale della comunicazione dei provvedimenti da parte della cancelleria.

6. Il processo previdenziale.

Nel corso dell'anno in rassegna, non sono state numerose le pronunce di rilievo a proposito del processo previdenziale.

Tra queste merita sicuramente attenzione **Sez. L, n. 29754/2019, D'Antonio, Rv. 655717 - 01**, che si è interrogata sull'applicazione retroattiva o meno del termine di decadenza semestrale di cui all'art. 42, comma 3, d.l. n. 629/2003, conv. dalla l. n. 326/2003.

In linea con Sez. U, n. 15352/2015, Di Cerbo, Rv. 63607701, che si era pronunciata sul termine di decadenza in materia di emotrasfusioni previsto dall'art. 1, comma 9, della l. n. 238 del 1997, la S.C. ha affermato anche per l'art. 42 citato che, conformemente ai principi generali dell'ordinamento in materia di termini, ove una modifica normativa introduca un termine di decadenza prima non previsto, la nuova disciplina si applica anche alle situazioni soggettive già in essere, ma la decorrenza del termine viene fissata con riferimento all'entrata in vigore della modifica legislativa (art. 252 disp. att. c.c.).

In tema di riscossione dei contributi previdenziali mediante ruolo, sia la prima sezione che la sezione lavoro hanno ribadito in piena consonanza il principio per cui deve escludersi la configurabilità di un litisconsorzio necessario tra l'ente creditore ed il concessionario del servizio di riscossione qualora il giudizio sia promosso da quest'ultimo o nei confronti dello stesso (**Sez. 1, n. 05625/2019, Bellè, Rv. 652983-01, Sez. 1, n. 13929/2019, Genovese, Rv. 654264-01, Sez. 1, n. 24589/2019, Mercolino, Rv. 655338-01**).

Né assume rilievo il fatto che la domanda abbia per oggetto, non la regolarità o la ritualità degli atti esecutivi, ma l'esistenza stessa del credito, posto che l'eventuale difetto del potere di agire o di resistere in ordine a tale accertamento comporta l'insorgenza solo di una questione di legittimazione, la cui soluzione non impone la partecipazione al giudizio dell'ente creditore. La chiamata in causa di quest'ultimo, prevista dall'art. 39 del d.lgs. n. 112 del 1999, dev'essere, pertanto, ricondotta all'art. 106 c.p.c. ed è, come tale, rimessa alla esclusiva valutazione discrezionale del giudice del merito, il cui esercizio non è censurabile né sindacabile in sede d'impugnazione.

Sempre in tema di opposizione avverso la cartella di riscossione dei contributi previdenziali, di indubbio rilievo è **Sez. L, n. 31704/2019, Cavallaro, Rv. 656000 - 01**.

Con tale pronuncia, la Corte ha statuito che, nel processo di opposizione a cartella esattoriale, una non contestazione dei fatti costitutivi della pretesa creditoria dell'ente previdenziale è configurabile soltanto qualora, a seguito della sua costituzione in giudizio, la parte opponente, che è attrice in senso solo formale, non prenda, rispetto ai fatti allegati nella memoria di costituzione dell'ente, posizione in maniera precisa (e non limitata ad una generica contestazione) nella prima difesa utile.

In tal modo, la sentenza si è posta in consapevole contrasto con Sez. 6-L, n. 27274/2018, Spena, Rv. 651293-01, la quale aveva affermato che, nel giudizio di opposizione a cartella esattoriale per il recupero di contributi previdenziali, l'onere della prova gravante a carico dell'Inps, parte attrice in senso sostanziale, resterebbe

condizionato dalla preventiva allegazione nell'atto di opposizione del debitore, parte attrice in senso formale ma convenuto in senso sostanziale, di specifiche ragioni di contestazione dei fatti costitutivi della pretesa impositiva, ai sensi dell'art. 416 c.p.c., con conseguente rigetto dell'opposizione nell'ipotesi di contestazioni generiche e di stile; tale orientamento non è stato condiviso, dal momento che, attribuendo efficacia di "allegazione" a fatti contenuti in atti extraprocessuali (quali la preventiva notifica di un atto formale del creditore esplicativo della pretesa e delle sue ragioni, e ravvisato in specie nella cartella esattoriale), interrompe la circolarità, necessariamente endoprocessuale, tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova.

7. L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445-bis c.p.c.

Le pronunce in tema di procedimento di accertamento tecnico preventivo ex art. 445-*bis* c.p.c., pur non numerose, vanno attentamente analizzate per la vastità e delicatezza del contenzioso su cui sono destinate a incidere.

Una prima importante questione è quella relativa alle condizioni di proponibilità dell'azione.

Nella giurisprudenza di merito si era diffusa un'interpretazione, caldeggiata dalla difesa dell'ente previdenziale, secondo la quale la domanda giudiziale era da considerare improponibile ex art. 443 c.p.c. qualora il soggetto aspirante al beneficio assistenziale avesse compilato una domanda amministrativa incompleta o non l'avesse accompagnata con un certificato medico attestante le condizioni sanitarie utili a ottenere il beneficio stesso.

La S.C. ha nel corso del 2019 sconfessato questa lettura formalistica.

Dapprima, **Sez. L, n. 01412/2019, D'Antonio, Rv. 653976-01**, e **Sez. L, n. 25804/2019, Mancino, Rv. 655392-01**, hanno chiarito che non costituisce requisito imprescindibile della domanda amministrativa barrare la casella che, nel modulo, individua le condizioni sanitarie la cui sussistenza è necessaria per il riconoscimento del diritto all'indennità di accompagnamento, non potendo l'istituto previdenziale introdurre nuove cause di improcedibilità ovvero di improponibilità in materia che deve ritenersi coperta da riserva di legge assoluta ex art. 111 Cost.

Successivamente, **Sez. L, n. 24896/2019, Mancino, Rv. 655317 - 01**, e **Sez. L, n. 30419/2019, D'Antonio, Rv. 655870 - 01**, hanno ribadito i medesimi concetti con riferimento alla domanda amministrativa non accompagnata dal certificato del medico curante; è sufficiente che la domanda amministrativa consenta di individuare la prestazione richiesta, affinché sorga l'obbligo di valutare la sussistenza dei presupposti per la concessione del beneficio.

Superata la fase di accesso alla giurisdizione, si tratta di precisare a quali condizioni il giudice può emettere il decreto di omologa.

Sez. L, n. 20847/2019, Ghinoy, Rv. 654677-01, ha specificato che la dichiarazione di dissenso che la parte deve formulare al fine di evitare l'emissione del decreto di omologa può avere ad oggetto sia le conclusioni cui è pervenuto il c.t.u., sia gli aspetti preliminari che sono stati oggetto della verifica giudiziale e ritenuti non preclusivi dell'ulteriore corso, relativi ai presupposti processuali ed alle

condizioni dell'azione, sicché, in mancanza di contestazioni anche per profili diversi da quelli attinenti l'accertamento sanitario, il decreto di omologa diviene definitivo e non è successivamente contestabile, né ricorribile ai sensi dell'art. 111 Cost.; ove però le contestazioni, anche parziali, vi siano, **Sez. 6-L, n. 03377/2019, Spena, Rv. 652901-01**, ha precisato che l'omologa non può avere luogo e al giudice adito a seguito di ricorso proposto ai sensi del comma 6 dell'art. 445-*bis* è rimesso l'accertamento su tutte le condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere e non solo sui motivi di opposizione.

Se passiamo poi all'esame dei rimedi attivabili contro i provvedimenti che chiudono il giudizio di primo grado, è stato anzitutto ribadito che l'inappellabilità della sentenza che definisce il giudizio instaurato a seguito della contestazione alle conclusioni formulate dal c.t.u. nella prima fase non è in contrasto con la Carta costituzionale, che non prevede la pluralità dei gradi di giudizio (fatta eccezione per i provvedimenti in materia di libertà personale), né con l'art. 6 della CEDU, che consente limitazioni di accesso alla tutela giurisdizionale in presenza di motivate ragioni, quali, nella specie, la deflazione del contenzioso ed il contenimento dei tempi processuali, finalità quest'ultima di rango costituzionale, ai sensi dell'art. 111, e sovranazionale, in applicazione dello stesso art. 6 (**Sez. 6-L, n. 03670/2019, Ghinoy, Rv. 652905-01**).

Quanto ai requisiti che i suddetti provvedimenti devono possedere per poter essere impugnati con ricorso per cassazione, il più importante è quello della loro definitività. Non può dirsi definitivo, con conseguente inammissibilità del ricorso di legittimità, il decreto di omologa che la parte abbia contestato nel merito (**Sez. 6-L, n. 25399/2019, Leone, Rv. 655425 - 01**).

Ove poi il decreto di omologa, in assenza di contestazione delle parti, si discosti dalle conclusioni del c.t.u., esso risulta viziato da una difformità che costituisce mero errore materiale emendabile con la procedura di correzione, a condizione, però, che la predetta difformità non sia frutto di consapevole attività valutativa del giudice; in tal caso - assumendo il provvedimento giudiziale, esorbitante dallo schema delineato per il procedimento a cognizione sommaria, natura decisoria e, quindi, di sentenza – è ammissibile il rimedio generale del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., a garanzia dell'esercizio del diritto di difesa - altrimenti precluso per mancanza di rimedi endoprocédimentali - della parte pregiudicata dalle conclusioni imprevedibilmente adottate dal giudice all'atto dell'emissione del decreto (**Sez. L, n. 29096/2019, Ghinoy, Rv. 655703 - 01**, in un caso in cui il tribunale aveva retrodatato d'ufficio la decorrenza della condizione d'invalidità rispetto a quella indicata dal c.t.u.).

La statuizione sulle spese in violazione del principio di soccombenza - ancorché coerente con il *decisum* (erroneamente) adottato dal giudice di merito – è invece sempre autonomamente ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost. anche in difetto di attivazione del procedimento di correzione, potendosi procedere al controllo sulla correttezza della decisione relativa alle spese in base alla lettura coordinata del

decreto di omologa e della consulenza tecnica (**Sez. 6-L, n. 03668/2019, Ghinoy, Rv. 652903-01**).

CAPITOLO XVIII

IL PROCESSO DI ESECUZIONE

(DI RAFFAELE ROSSI)

SOMMARIO: 1. Titolo esecutivo. – 1.1. (segue) Spedizione in forma esecutiva e notifica del titolo. – 2. Precetto. – 3. Espropriazione mobiliare. – 4. Espropriazione presso terzi: oggetto e crediti pignorabili. – 4.1. (segue) Terzo pignorato: obblighi, dichiarazione, accertamento. – 5. Espropriazione immobiliare: documentazione “ipocatastale”. – 5.1. (segue) Vendita forzata. – 5.2. (segue) Effetti del pignoramento e vicende anomale dell’espropriazione immobiliare. 6. Espropriazione di beni indivisi: giudizio di divisione. – 7. Espropriazione contro il terzo proprietario. – 8. Esecuzioni in forma specifica. – 9. Spese nell’espropriazione forzata. – 10. Opposizione all’esecuzione preventiva. – 10.1. (segue) La sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo. – 11. Opposizione all’esecuzione successiva. – 12. Opposizione agli atti esecutivi. – 13. Opposizione di terzo all’esecuzione.

1. Titolo esecutivo.

Condizione necessaria e sufficiente dell’azione esecutiva è l’esistenza di un titolo esecutivo, valido ed efficace, che incorpori un diritto certo, liquido ed esigibile: lo scopo dell’esecuzione forzata, globalmente considerata, è la realizzazione di tale diritto mediante l’utilizzo degli opportuni strumenti coercitivi, non spettando al giudice dell’esecuzione alcun potere cognitivo sull’accertamento della sussistenza dell’obbligazione.

In forza dell’art. 474 c.p.c., l’idoneità a giustificare la soddisfazione in forma coattiva dei crediti è riservata ad atti o provvedimenti tassativamente individuati dalla legge: il catalogo dei titoli esecutivi delineato dalla norma ora citata (nonché da altre disposizioni, anche ultronee al codice di rito), costituisce un *numerus clausus*, che il legislatore può discrezionalmente variare, sulla base di scelte orientate dal sempre mutevole apprezzamento sull’efficacia degli strumenti di tutela dei crediti.

Così, con l’interpolazione dell’art. 474 c.p.c. operata dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, tra titoli esecutivi (stragiudiziali) sono state annoverate anche le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute. Le problematiche di diritto intertemporale sollevate da tale previsione sono state risolte da Sez. 3, n. 05823/2019, Rossetti, Rv. 652998-01: le scritture private autenticate formate anteriormente al 1° marzo 2006 (data di entrata in vigore della menzionata modifica) hanno efficacia di titolo esecutivo, se azionate successivamente a tale momento, per avere la novella legislativa modificato unicamente l’efficacia processuale di dette scritture, con la conseguenza che, in omaggio al principio *tempus regit actum*, ad esse si applica la legge processuale vigente nel momento in cui vengono azionate.

Quanto ai titoli di matrice giudiziale, l'attività ermeneutica della giurisprudenza di nomofilachia concorre alla individuazione dei provvedimenti muniti di idoneità in *executivis* mediante la lettura del dettato positivo ispirata, per un verso, alla considerazione della natura e della funzione dei provvedimenti e, d'altro canto, ai limiti generali di praticabilità dell'esecuzione forzata.

Va ascritta a tale opera di elaborazione pretoria l'oramai pacifico assunto secondo cui per le sentenze la qualità di titolo esecutivo postula il carattere condannatorio della statuizione e la surrogabilità della persona dell'obbligato nel compimento dell'attività occorrente alla concreta realizzazione del comando.

Non integra quindi titolo esecutivo - ha asserito Sez. 6-3, n. 18572/2019, De Stefano, Rv. 654619-01 - la sentenza di mero accertamento di obbligo di fare infungibile (nella specie, dell'obbligo dell'ente previdenziale di inserire in determinati elenchi il nominativo di un lavoratore agricolo), potendosi procedere alla esecuzione forzata in forma specifica soltanto in base a sentenza di condanna, almeno implicita, ed in relazione ad una prestazione che possa essere attuata indifferentemente sia dall'obbligato originario, sia per mezzo dell'attività sostitutiva di un qualunque altro soggetto, con identico effetto satisfattivo per il creditore, ovvero quando non sia indispensabile alcuna attività materiale personale di cooperazione specifica del condannato.

Più articolato discorso concerne la provvisoria anticipazione dell'attitudine esecutiva rispetto al giudicato sancita dall'art. 282 c.p.c. per i capi di condanna accessori a sentenze costitutive.

Rilevante, al riguardo, il principio di diritto enunciato da Sez. 3, n. 02537/2019, De Stefano, Rv. 652662-01, così massimato dall'Ufficio: «In tema di scioglimento della comunione mediante assegnazione ex art. 720 c.c. con determinazione di (o condanna al) conguaglio a carico dell'assegnatario, quest'ultimo capo di sentenza non è suscettibile di esecuzione provvisoria ex art. 282 c.p.c. e, quindi, di essere azionato come titolo esecutivo prima del passaggio in giudicato della statuizione sull'assegnazione, che ha natura costitutiva, in quanto ad essa legato da nesso di corrispettività ancorché non di stretta sinallagmaticità».

L'interesse di tale decisione risiede nella lettura da essa offerta del noto dictum espresso, in linea più generale, da Sez. U, n. 04059/2010, Mazziotti di Celso, Rv. 611643-01, secondo cui in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita, l'esecutività provvisoria della sentenza costitutiva emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c., è limitata ai capi della decisione compatibili con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento successivo, e non si estende a quelli che si collocano in rapporto di stretta sinallagmaticità con i capi costitutivi relativi alla modificazione giuridica sostanziale.

Nel denegare la provvisoria esecutività del capo di condanna al pagamento del conguaglio accedente alla pronuncia di divisione, Sez. 3, n. 02537/2019, ha sottolineato che la regola euristica dell'art. 282 c.p.c. elaborata dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 04059/2010 non può essere limitata alle ipotesi di sinallagmaticità in senso proprio tra i capi della decisione, ovvero di interdipendenza reciproca (tale che ognuna delle due statuizioni sia in grado di condizionare indissolubilmente l'altra), ma va estesa alla più ampia nozione di corrispettività tra le statuizioni, in quanto il precedente delle S.U. «definisce avvinti dal medesimo regime di (non) esecutività provvisoria quei capi che costituiscono gli elementi, evidentemente in quanto tra loro necessariamente coordinati da un vincolo teleologico o funzionale unitariamente considerato e tale da integrare un equilibrio tra le nuove situazioni giuridiche sostanziali prodotte dalla pronuncia costitutiva, del nuovo unitario rapporto oggetto di quest'ultima, in quanto l'uno integra il corrispettivo - in senso lato - dell'altro».

Caratteristica imprescindibile del titolo esecutivo è la sua autosufficienza, ovvero la necessaria idoneità di esso ad individuare compiutamente il comando da attuare, senza bisogno di ulteriori attività di accertamento cognitivo, tendenzialmente bandite (salve le pur significative deroghe) nell'ambito del processo esecutivo.

Dal punto di vista oggettivo, l'autosufficienza è strettamente correlata alla certezza ed alla liquidità del credito: essa si traduce nella esatta individuazione del bene da conseguire o dell'obbligo da realizzare coattivamente, non essendo consentito al giudice dell'esecuzione (o dell'opposizione all'esecuzione) qualsivoglia integrazione o correzione del titolo stesso.

In ordine alla liquidità (intesa come determinatezza o determinabilità della prestazione da attuare forzatamente), si segnala Sez. 6-L, n. 14154/2019, Leone, Rv. 654019-02: la sentenza con cui il giudice abbia dichiarato il diritto del ricorrente ad ottenere la pensione di anzianità ed abbia condannato l'ente previdenziale al pagamento dei relativi ratei e delle differenze dovute, senza precisare in termini monetari l'ammontare di tali differenze, deve essere definita generica e non costituisce valido titolo esecutivo, in quanto la misura della prestazione spettante all'interessato non è suscettibile di quantificazione mediante semplici operazioni aritmetiche eseguibili sulla base di elementi di fatto, contenuti nella medesima sentenza o mediante il mero richiamo ai criteri di legge, ma necessita dell'ulteriore intervento di un giudice diverso, salva la possibilità (in conformità al fondamentale insegnamento di Sez. U, n. 11066/2012, Vittoria, Rv. 622929-01) di procedere a un'interpretazione extratestuale del titolo esecutivo giudiziale sulla base degli elementi ritualmente acquisiti nel processo in cui esso si è formato, purché le relative questioni siano state trattate nel corso dello stesso e possano intendersi come ivi

univocamente definite, essendo mancata la concreta estrinsecazione della soluzione come operata nel dispositivo o perfino nel tenore stesso del titolo.

Sotto l'aspetto soggettivo, sempre in forza del principio di autosufficienza, esclusivamente sulla base del contenuto del titolo si determina la legittimazione, attiva e passiva, all'azione esecutiva, spettando la stessa ai soggetti rispettivamente indicati come creditore e debitore nel titolo esecutivo.

Da questa premessa muove Sez. 3, n. 12714/2019, Tatangelo, Rv. 653783-01: l'efficacia esecutiva del titolo formatosi contro la sola associazione non riconosciuta in un giudizio di cognizione nel quale il creditore non abbia convenuto, in proprio, anche l'eventuale soggetto responsabile in via solidale con questa ai sensi dell'art. 38 c.c. (al fine di ottenere l'accertamento della sua responsabilità solidale e la sua condanna, unitamente a quella dell'ente stesso) non si estende automaticamente al predetto soggetto, non operando per i legali rappresentanti delle associazioni non riconosciute nessi di pregiudizialità - dipendenza tra situazioni giuridiche sostanziali analoghi a quelli fondanti l'efficacia esecutiva *ultra partes* del provvedimento di condanna delle società di persone nei riguardi dei soci illimitatamente responsabili delle stesse.

1.1. (*segue*) Spedizione in forma esecutiva e notifica del titolo.

Nella sequenza disegnata dal codice di rito, atti prodromici ad ogni tipologia di procedura esecutiva sono rappresentati dalla spedizione in forma esecutiva del titolo, dalla sua notificazione, dalla notificazione dell'atto di precetto.

Sull'attività disciplinata dall'art 475 c.p.c., **Sez. 3, n. 03967/2019, D'Arrigo, Rv. 652822-01**, ha enunciato, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., il seguente principio di diritto: l'omessa spedizione in forma esecutiva della copia del titolo esecutivo rilasciata al creditore e da questi notificata al debitore determina una irregolarità formale del titolo medesimo, che deve essere denunciata nelle forme e nei termini di cui all'art. 617, primo comma, c.p.c., senza che la proposizione di tale opposizione sani il vizio per raggiungimento dello scopo ex art. 156, terzo comma, c.p.c., fermo restando che, in ossequio ai principi di economia processuale, di ragionevole durata del processo e di interesse ad agire, il debitore opponente non può limitarsi, a pena di inammissibilità dell'opposizione per carenza di interesse, a dedurre l'irregolarità formale in sé considerata, senza indicare quale concreto pregiudizio ai diritti tutelati dal regolare svolgimento del processo esecutivo essa abbia cagionato.

La decisione si apprezza per la precisa esplicazione della *ratio* e della funzione della spedizione del titolo in forma esecutiva: ben lungi dall'integrare un «*requisito più formalistico che formale*», la spedizione, apposta a seguito del controllo sulla «*perfezione formale*» del titolo prevista dall'art. 153 disp. att. c.p.c., concreta un adempimento

volto a suggellare la rilevanza dell'atto come idoneo a sostenere l'azione esecutiva e consente di individuare la parte che ha diritto ad utilizzare il titolo, alla quale soltanto può esserne dato il possesso ai sensi dell'art. 475, secondo comma, c.p.c..

Dal necessario coordinamento tra le regole generali in tema di sanatoria degli atti nulli e la disciplina dell'opposizione agli atti esecutivi, Sez. 3, n. 03967/2019, inferisce, poi, la necessità, nella opposizione ex art. 617 c.p.c. diretta a contestare l'omessa spedizione in forma esecutiva del titolo, della deduzione di un concreto pregiudizio al diritto di difesa dell'opponente derivante dalla irregolarità formale, a pena di inammissibilità dell'opposizione per difetto di interesse.

Il principio, con identica formulazione, è stato ribadito in relazione ad un caso di titolo esecutivo spedito in forma esecutiva con un'erronea (ma facilmente riconoscibile) indicazione del difensore richiedente l'apposizione della formula (**Sez. 3, n. 29804/2019, D'Arrigo, Rv. 656175-01**).

In deroga alla generale previsione del codice di rito, l'art. 41 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, esclude l'obbligo della notifica del "titolo contrattuale esecutivo" nel procedimento di espropriazione forzata per la soddisfazione di crediti fondiari.

A delimitare la portata di siffatto privilegio processuale ha provveduto **Sez. 3, n. 17439/2019, De Stefano, Rv. 654435-01**: il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993 non esaurisce i suoi effetti sul piano della condotta dell'istituto di credito mutuante, ma è elemento essenziale per la valida qualificazione del contratto di mutuo come fondiario e quindi, per l'applicabilità della relativa disciplina di privilegio, sostanziale e processuale, in favore del creditore, con la conseguenza che il superamento di tale limite comporta - tanto ove sia necessario inferirne la nullità dell'intero contratto (salva la conversione ex art. 1424 c.c.) quanto ove sia sufficiente la riqualificazione di quello come mutuo ordinario con disapplicazione della disciplina di privilegio - la sicura non operatività della norma che esenta il creditore fondiario dall'obbligo di previa notifica del titolo esecutivo ai sensi dell'art. 41, comma 1, del citato decreto.

2. Precetto.

Ai requisiti di contenuto-forma del precetto previsti, in linea generale e sotto comminatoria di nullità dell'atto, dall'art. 480 c.p.c., l'art. 654, secondo comma, c.p.c. aggiunge, in caso di intimazione formulata in virtù di decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo, un ulteriore elemento, e cioè la *«menzione del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e dell'apposizione della formula»*, in funzione sostitutiva della (quindi con dispensa per il creditore dalla) notifica del provvedimento monitorio spedito in forma esecutiva.

Del tema si è occupata **Sez. 3, n. 24226/2019, Porreca, Rv. 655175-01**: premesso che la sussistenza della duplice menzione va accertata indipendentemente da prescrizioni formali (dovendosi assicurare la conoscenza dell'ingiunto interpretando il precetto alla luce del principio di conservazione degli atti), la S.C. ha ritenuto che l'omessa menzione del provvedimento di dichiarazione di esecutorietà del provvedimento monitorio comporti la nullità del precetto, deducibile con l'opposizione agli atti esecutivi, non potendo l'indicazione di tale provvedimento evincersi dalla menzione dell'apposizione della formula esecutiva.

Nello stesso senso, in altra vicenda di esecuzione forzata promossa in forza di ingiunzione esecutiva, si è orientata **Sez. 3, n. 31226/2019, Vincenti, Rv. 656178-01**, ad avviso della quale il precetto deve contenere l'indicazione delle parti, della data di notifica del decreto ingiuntivo nonché del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e l'apposizione della formula esecutiva, in quanto la completa identificazione del titolo sostituisce, in forza dell'art. 654 c.p.c., la notifica dello stesso, sicché, in assenza di tali indicazioni, l'atto è viziato ex art. 480 c.p.c., producendosi una nullità non suscettibile di sanatoria per raggiungimento dello scopo con la mera proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi.

3. Espropriazione mobiliare.

Tra le non frequenti pronunce relative all'espropriazione mobiliare merita menzione **Sez. 3, n. 15596/2019, Rossetti, non massimata**, inerente alla possibilità, ampiamente controversa dopo le riforme degli anni 2005-2006, dell'assegnazione forzata ai creditori dei beni rimasti invenduti anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge (e cioè in casi diversi da quelli regolati dagli artt. 529, 538, secondo comma, e 539 c.p.c.).

In una fattispecie di espropriazione di quote di società a responsabilità limitata, la S.C., all'esito di una analitica disamina delle disposizioni sull'assegnazione contenute nel capo del codice di rito dedicato *«all'espropriazione forzata in generale»* (*in primis*, dell'art. 505 c.p.c.), ha ravvisato nell'assegnazione forzata un istituto di portata applicativa generale, pertanto praticabile nell'espropriazione forzata di cose mobili, nonostante la modifica dell'art. 538 c.p.c., reputando preferibile un'interpretazione teleologicamente informata ai principi di efficienza ed effettività delle procedure esecutive rispetto ad un'esegesi puramente letterale dell'art. 538 c.p.c. (che avrebbe potuto indurre a ritenere l'assegnazione mobiliare circoscritta alle sole ipotesi dell'espropriazione di titoli di credito, merci quotate, oro o gioielli).

4. Espropriazione presso terzi: oggetto e crediti pignorabili.

Di assoluto rilievo, nell'anno in rassegna, l'impegno del giudice della nomofilachia nella definizione del perimetro applicativo dell'espropriazione presso terzi, con riferimento ai crediti potenzialmente aggredibili in via forzata ed alla estensione dell'oggetto della procedura.

Nel descritto contesto, spicca, per il considerevole impatto pratico-operativo e per la frequenza di verifica della fattispecie esaminata, **Sez. 3, n. 12715/2019, Tatangelo, Rv. 653784-01**.

Argomentando dalla garanzia generale della responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c., richiamata in tema di espropriazione dall'art. 2910 c.c., la decisione, enunciando un principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 363 c.p.c., ha affermato che il creditore del condominio munito di un titolo esecutivo nei confronti dell'ente collettivo può legittimamente espropriare, nelle forme disciplinate dagli artt. 543 e ss. del codice di rito, i crediti vantati dal medesimo condominio verso i singoli condòmini per i contributi da loro dovuti in base a stati di ripartizione approvati dall'assemblea, essendo configurabile sul piano sostanziale, in base all'art. 63 disp. att. c.c., un rapporto obbligatorio tra condominio e singolo condòmino avente ad oggetto il pagamento dei contributi (altrimenti chiamati quote o oneri) condominiali.

Ribadito come il pignoramento presso terzi possa avere ad oggetto anche crediti non ancora esigibili, futuri, condizionati e pure meramente eventuali, **Sez. 3, n. 25042/2019, Porreca, Rv. 655177-01**, ha considerato aggredibili *in executivis* con tale procedimento gli stanziamenti del bilancio della pubblica amministrazione per il finanziamento di opere pubbliche andati in perenzione amministrativa per decorso del termine di efficacia (nella specie, per mancanza di richiesta del creditore con titolo di spesa idoneamente rendicontato), dacché la perenzione a fini amministrativi consiste nell'eliminazione dalla contabilità finanziaria dei residui passivi non smaltiti, ma non produce alcun effetto (fino alla decorrenza dei termini di prescrizione) sul diritto di credito e sulla corrispondente obbligazione dell'amministrazione al pagamento nei limiti delle somme stanziare e determinate.

Non sono invece suscettibili di espropriazione forzata le somme che, in forza del Regolamento del Consiglio CEE 12 settembre 2003, n. 1745, gli istituti creditizi sono tenuti a costituire e a depositare presso la banca centrale (o presso un intermediario autorizzato) a titolo di riserve minime obbligatorie: come ha chiarito **Sez. 3, n. 21970/2019, Fieconi, Rv. 654933-01**, da siffatto deposito obbligatorio non deriva infatti un rapporto che implica la restituzione del *tantundem*, bensì un'obbligazione di custodia di liquidità destinata alla funzione pubblica di tutela del

risparmio, sicché in capo al depositario di tali somme non può ravvisarsi la qualità di terzo *debitor debitoris*.

Sulla misura del credito staggito, valenza centrale riveste **Sez. 3, n. 15595/2019, Rossetti, Rv. 654473-01**, univoca nel delimitare l'oggetto del pignoramento presso terzi nell'entità corrispondente all'importo del credito precettato aumentato della metà, alla stregua del disposto dell'art. 546, primo comma, c.p.c. *«non potendo più, dopo la novella di questo, sostenersi che esso si estenda alla totalità dei crediti del debitore esecutato nei confronti del terzo, essendo libero questi di disporre del credito nella misura eccedente quel limite»*, con la conseguenza che, in difetto di rituale estensione del pignoramento, il successivo intervento nel procedimento di un creditore (quand'anche lo stesso procedente) non consente il superamento di quel limite e, quindi, l'assegnazione di crediti in misura maggiore.

Ancora sulla portata oggettiva del pignoramento dei crediti si segnala **Sez. 3, n. 15308/2019, D'Arrigo, Rv. 654286-01**.

Con principio di diritto enunciato nell'interesse della legge, la pronuncia ha ritenuto l'applicabilità al sequestro conservativo e al pignoramento presso terzi della regola sancita dall'art. 2912 c.c., ovvero della estensione del vincolo agli accessori, alle pertinenze e ai frutti della *res* staggita: segnatamente, nel pignoramento di crediti, ai frutti civili individuati dall'art. 820 c.c., ossia gli interessi sul capitale, con le caratteristiche che derivano dalla fonte o ragione del credito. Da tali premesse ha desunto che nel caso di sequestro conservativo o di pignoramento di crediti, il terzo sequestratario o pignorato, costituito *ex lege* custode delle somme pignorate, è tenuto alla corresponsione degli interessi nella misura e con le decorrenze previste dal rapporto da cui origina il credito pignorato.

Dal carattere eccezionale (dunque di stretta interpretazione) delle norme che stabiliscono divieti di pignorabilità, siccome derogatorie rispetto al principio generale di cui all'art. 2740 c.c., argomenta **Sez. 3, n. 03981/2019, Tatangelo, Rv. 652824-01**, riferita ad un'azione esecutiva in danno del Ministero della Giustizia per condanna da durata irragionevole del processo: il divieto di pignorabilità dei fondi destinati al pagamento degli *«emolumenti di qualsiasi tipo dovuti al personale amministrato»* ai sensi dell'art. 1-ter del decreto legge 16 settembre 2008 n. 143, convertito dalla legge 13 novembre 2008 n. 181, comprende gli oneri accessori contributivi e fiscali relativi al singolo compenso spettante a ciascun lavoratore e la quota del predetto compenso da versare direttamente allo Stato (o ad altri eventuali enti impositori) quale sostituto di imposta, ma non si estende ai fondi destinati al pagamento dell'IRAP, che non costituisce emolumento (né accessorio) dovuto al personale amministrato, ma un'imposta gravante sugli enti (anche pubblici) in relazione all'attività produttiva svolta, legata (ma non accedente) alla posizione del lavoratore.

Non incontra invece limiti la pignorabilità del credito per equa riparazione di errore giudiziario o per ingiusta detenzione ex art. 314 c.p.p., in quanto avente natura di strumento indennitario da atto lecito, diretto a compensare, a prescindere dalla situazione patrimoniale dell'avente diritto, i pregiudizi provocati dalla privazione della libertà e non assimilabile ai sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri previsti dall'art. 545, secondo comma, c.p.c. (**Sez. 3, n. 31041/2019, Tatangelo, Rv. 656294 – 02**).

4.1. (*segue*) Terzo pignorato: obblighi, dichiarazione, accertamento.

A seguito della notifica dell'atto di pignoramento ex art. 543 c.p.c. il terzo è soggetto agli obblighi di custodia del bene staggito (nei limiti stabiliti dall'art. 546 c.p.c.), per cui gli atti estintivi del suo debito successivi a tale momento non sono efficaci nei confronti dei creditori.

Sul punto, **Sez. 6-3, n. 30500/2019, Tatangelo, Rv. 656176-01**, ha spiegato che ogni violazione degli obblighi di custodia da parte del terzo, seppure avvenuta in buona fede, non fa cessare gli effetti conservativi del pignoramento previsti dall'art. 2917 c.c., né pregiudica i diritti del creditore procedente, salvi gli eventuali diritti risarcitori del terzo nei confronti del soggetto che, inducendolo colposamente in errore, gli abbia provocato l'eventuale danno. In caso di plurimi distinti pignoramenti sugli stessi beni - ha aggiunto la stessa pronuncia - il vincolo gravante sul terzo è ricollegabile a ciascuno di essi, di modo che se uno dei pignoramenti perde effetti (nel caso esaminato, per dichiarazione di estinzione della procedura da esso originata), restano fermi quelli degli altri.

Definito il terzo pignorato come un ausiliario del giudice dell'esecuzione, tenuto ad una collaborazione con l'ufficio che si estrinseca nella dichiarazione ex art. 547 c.p.c., **Sez. 3, n. 05489/2019, Rubino, Rv. 652835-02**, in una fattispecie regolata *ratione temporis* dall'ordito normativo anteriore alle modifiche della legge 24 dicembre 2012, n. 228, ha ritenuto la dichiarazione di quantità revocabile o modificabile dal terzo pignorato soltanto ove inficiata da errore allo stesso non imputabile o comunque scusabile ed a condizione che la dichiarazione di emenda intervenga entro l'udienza fissata, anche a seguito di rinvio, per la dichiarazione del terzo e finalizzata all'emissione dell'ordinanza di assegnazione ed all'esito della quale il giudice dell'esecuzione abbia provveduto o si sia riservato di provvedere.

La stessa **Sez. 3, n. 05489/2019, Rubino, Rv. 652835-03**, ha altresì riconosciuto al terzo pignorato che si avveda della erroneità (connotata come sopra) della dichiarazione di quantità la facoltà di esperire opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza di assegnazione, ma soltanto qualora egli abbia già

tempestivamente emendato, mediante revoca o rettifica, la dichiarazione erronea e il giudice dell'esecuzione abbia egualmente disposto l'assegnazione.

Numerosi, nell'anno in rassegna, gli interventi sull'istituto dell'accertamento dell'obbligo del terzo, interessato negli ultimi tempi da una travagliata evoluzione legislativa (novellato, in dettaglio, dapprima dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, poi dal decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, ed infine dal decreto legge 27 giugno 2015, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132) che ha trasformato la struttura (e, per conseguenza, lo statuto di disciplina) delle relative controversie, degradate da processo a cognizione piena ed esauriente svolto nelle forme del libro secondo del codice di rito e concluso con decisione avente efficacia di giudicato a mero incidente endoesecutivo, subprocedimento a *cognitio summaria* nell'ambito della procedura espropriativa definito con ordinanza priva di effetti panprocessuali.

Degne di nota appaiono, innanzitutto, alcune pronunce che, seppur relative alla disciplina anteriore alle citate modifiche, segnano una utile traccia da seguire pure nel mutato assetto normativo.

Il richiamo è, in primo luogo, a **Sez. 3, n. 03987/2019, Rossetti, Rv. 652487-01**: ribadito che, nel dettato precedente alla riforma del 2012, oggetto del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo è unicamente l'accertamento della esistenza o meno del debito del terzo pignorato verso il debitore esecutato (nonché, in caso positivo, della sua misura), rimanendo estranea al *thema decidendum* ogni valutazione sulla pignorabilità del credito azionato in sede esecutiva (anche sotto il profilo dell'incidenza di eventuali vincoli di destinazione), la S.C. ha tuttavia precisato, in *obiter*, che nel subprocedimento incidentale di accertamento dell'obbligo del terzo previsto dal vigente art. 549 c.p.c. il giudice dell'esecuzione può conoscere e risolvere *summatim* eventuali questioni sulla pignorabilità del credito, rilevate di ufficio dallo stesso giudice anche a seguito di segnalazione del *debitor debitoris*, a tanto obbligato in ragione della sua qualità di ausiliario del giudice.

La differenza tra i due regimi dell'accertamento dell'obbligo del terzo si riflette inoltre, ad avviso di **Sez. 3, n. 23644/2019, Rossetti, Rv. 655172-01**, sull'interesse del debitore esecutato a chiedere l'accertamento della insussistenza del credito staggito nei confronti del terzo pignorato: se nel sistema *ante* riforma del 2012 tale interesse va riconosciuto, attesa l'efficacia di giudicato anche tra debitore e terzo assunta dalla sentenza che definisce la lite, lo stesso principio non può essere affermato nel novellato impianto, in cui l'accertamento dell'obbligo del terzo è compiuto *incidenter tantum* dal giudice dell'esecuzione e concluso con un'ordinanza sommaria suscettibile di opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c..

Secondo **Sez. 3, n. 26329/2019, D'Arrigo, Rv. 655382-01**, nell'accertamento dell'obbligo del terzo *post* riforma non muta la qualità di litisconsorte necessario del

debitore esecutato, in quanto interessato all'accertamento (o meno) del rapporto di credito oggetto del pignoramento, benché la pronuncia non faccia stato nei suoi confronti.

Atto conclusivo del procedimento di espropriazione presso terzi è l'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c., impugnabile con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi al fine di sollevare contestazioni in ordine ai possibili vizi (di rito o di merito) attinenti al provvedimento stesso oppure ai singoli atti esecutivi ad esso prodromici (così **Sez. 3, n. 05489/2019, Rubino, Rv. 652835-01**, nonché **Sez. 6-3, n. 11191/2019, De Stefano, Rv. 653797-01**).

Nel confermare il principio (in ordine ad un'ordinanza di assegnazione inficiata da errore percipiente sul contenuto della dichiarazione di quantità resa dal terzo pignorato, non correttamente considerata positiva), **Sez. 3, n. 17663/2019, D'Arrigo, Rv. 654675-01**, interpretando la non perspicua formulazione dell'art. 548, terzo comma, c.p.c., attualmente vigente, ha chiarito che l'impugnazione dell'ordinanza di assegnazione (nonché dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione risolve le contestazioni sorte sulla dichiarazione del terzo) va proposta con lo strumento oppositivo bifasico, ovvero con ricorso al giudice dell'esecuzione, nelle forme e nei termini previsti dall'art. 617, secondo comma, del codice di rito.

5. Espropriazione immobiliare: documentazione “*ipocatastale*”.

Aspetto tipico dell'espropriazione immobiliare, strettamente correlato alla natura giuridica del bene staggito, è rappresentato dal potere - dovere del giudice dell'esecuzione di verificare, *in limine litis*, la titolarità in capo al debitore esecutato del diritto (di proprietà o diritto reale minore) pignorato sul bene immobile, verifica di carattere formale e non sostanziale, basata cioè sugli indici di appartenenza desumibili dalle risultanze dei registri immobiliari e consistente nell'accertamento dell'esistenza della trascrizione di un titolo di acquisto a favore del debitore esecutato e dell'inesistenza di trascrizioni a carico dello stesso debitore relative ad atti di disposizione precedenti la trascrizione del pignoramento.

A tal fine, l'art. 567 c.p.c. onera il ceto creditorio del deposito di una documentazione, usualmente definita “*ipocatastale*” (costituita, precisamente, dall'estratto del catasto e dai certificati delle iscrizioni e trascrizioni relative all'immobile pignorato effettuate nei venti anni anteriori alla trascrizione del pignoramento, con facoltà di sostituzione con certificazione notarile attestante le risultanze delle visure catastali e dei registri immobiliari) e configura tale deposito come atto di impulso della procedura da compiersi entro un termine perentorio, a pena di inefficacia del pignoramento e di estinzione del procedimento esecutivo.

Sull'arco temporale di riferimento di siffatta documentazione, ragione di diversi e contrastanti orientamenti nella giurisprudenza di merito, si è pronunciata, con anelito nomofilattico, **Sez. 3, n. 15597/2019, Porreca, Rv. 654474-01**.

Ravvisata la finalità dell'art. 567 c.p.c. nell'esigenza di «*garantire, con un grado di ragionevole probabilità, che l'espropriazione sia condotta su beni dell'esecutato, correttamente individuati quanto ai diritti spettanti sui medesimi all'esecutato stesso, e quanto ai relativi pesi, quali tipicamente le ipoteche, su tali beni (ovvero diritti)*», la S.C. ha manifestato dissenso dall'opinione, informata ad una esegesi meramente letterale della norma, secondo cui il certificato delle iscrizioni e trascrizioni, riferito al solo periodo ventennale anteriore alla trascrizione del pignoramento, integra presupposto processuale di per sé solo idoneo a consentire di mettere in vendita i beni staggiti.

In primo luogo – si legge nella motivazione –, «*in carenza di prova che l'ultimo atto antecedente al ventennio fosse idoneamente ovvero prioritariamente trascritto a favore dell'esecutato, i certificati delle iscrizioni e trascrizioni contro la sua persona non avrebbero concluzionalità*» in quanto il certificato ventennale non consentirebbe di escludere che «*sul bene pignorato insistano ipoteche o altri pignoramenti o sequestri formalizzati contro la persona che aveva a sua volta trascritto il proprio acquisto prima dell'esecutato*»; d'altro canto, una lettura del genere, determinando un più elevato rischio di evizione, si pone in maniera irriducibilmente distonica con la prioritaria tutela della posizione dell'aggiudicatario, *ratio* ispiratrice delle tendenze evolutive della giurisprudenza e della legislazione sulle espropriazioni coattive, in ultima analisi finalizzate a «*rendere il più affidabile e così appetibile possibile la vendita forzata e quindi il recupero e la stabilità del credito*».

Risalire all'ultimo acquisto, idoneamente trascritto, anteriore al ventennio, a favore dell'esecutato o del suo (prossimo o remoto) dante causa, è dunque «*la necessaria premessa per dare un grado di conducente attendibilità alle risultanze infraventennali cui, per sintesi legislativa, si è riferito il legislatore*».

Tuttavia, ha concluso Sez. 3, n. 15597/2019, alla stregua del disposto dell'art. 567 c.p.c., solo il mancato deposito del certificato ipotecario ventennale cagiona l'inefficacia del pignoramento e l'estinzione cd. “tipica” prevista dalla citata norma; la mancata produzione di una certificazione risalente al primo titolo di acquisto ultraventennale determina, invece, l'attivazione dei poteri ordinatori del giudice dell'esecuzione e cioè, più precisamente, la richiesta, diretta al creditore, di integrazione documentale «*da iscrivere nel perimetro degli artt. 484 e 175 c.p.c.*» con fissazione di un termine ordinatorio (ex artt. 152 e 154 c.p.c.), dalla cui inosservanza consegue la dichiarazione di chiusura anticipata (cd. estinzione “atipica”) della procedura (fatta salva l'applicazione dei principi generali in tema di rimessione in termini in ipotesi di causa non imputabile, prospettabile, ad esempio, nell'ipotesi di smarrimento dei documenti cartacei di conservatoria).

5.1. (*segue*) Vendita forzata.

L'intera sequenza delle operazioni di liquidazione forzata dell'immobile pignorato è retta da un provvedimento del giudice dell'esecuzione - l'ordinanza che dispone la vendita - che costituisce la *lex specialis* del relativo segmento procedimentale e regola, anche mediante una eterointegrazione del dato positivo (cioè con statuizioni ulteriori o, in ipotesi, diverse rispetto alle previsioni minime normative), modalità, tempi e condizioni della vendita.

La rigorosa ed incondizionata osservanza delle prescrizioni dettate con l'ordinanza di vendita si impone a garanzia della uguaglianza e parità di condizioni tra tutti i potenziali partecipanti alla gara, nonché dell'affidamento da ciascuno di loro riposto nella trasparenza e complessiva legalità della procedura, dovendo tutti poter confidare nel fatto che le condizioni così fissate non mutino (se non con apposita ordinanza modificativa) oppure non siano violate in favore di altri partecipanti alla gara (così in precedenza, Sez. 6-3, n. 09255/2015, De Stefano, Rv. 635283-01, e Sez. 3, n. 11171/2015, De Stefano, Rv. 635438-01).

Di una violazione delle regole che presidiano la gara stabilite con l'ordinanza di vendita si è occupata **Sez. 3, n. 18344/2019, Tatangelo, non massimata**: nella specie, il provvedimento di delega delle operazioni aveva attribuito al professionista il compito di scegliere il sito internet su cui effettuare la pubblicità nell'ambito di quelli previsti dall'art. 490 c.p.c. (e, cioè, tra quelli inseriti nell'elenco del d.m. Giustizia 31 ottobre 2006, attuativo dell'art. 173 *ter* disp. att. c.p.c.), ma il delegato aveva concretamente effettuato la pubblicità della vendita su un sito internet non compreso tra quelli destinati all'inserimento degli avvisi di cui all'art. 490 c.p.c..

Decidendo nel merito, la S.C. ha ritenuto che l'omissione della pubblicità obbligatoria, espressamente imposta dalla legge e dall'ordinanza di delega, è senz'altro causa di nullità dell'aggiudicazione e del seguente decreto di trasferimento, nullità opponibile agli aggiudicatari (ai sensi dell'art. 2929 c.c.) in quanto attinente allo svolgimento dello stesso subprocedimento di vendita.

Ai sensi dell'art. 591 *bis* c.p.c., il compimento delle operazioni di vendita - salva l'ipotesi eccezionale (e di assai residuale applicazione pratica) in cui il giudice ravvisi l'esigenza di procedervi direttamente - è affidato ad un professionista delegato, scelto discrezionalmente dal giudice.

Su tale ausiliario il giudice dell'esecuzione esercita un potere di controllo, che si estrinseca: in via preventiva, con le direttive e le prescrizioni impartite con l'ordinanza di delega, che traccia altresì le attribuzioni in concreto conferite al professionista; in via immanente e successiva, nel corso dell'intero svolgimento del subprocedimento di vendita, attraverso lo strumento disciplinato dall'art. 591 *ter* del codice di rito.

La modifica apportata a tale disposizione - operata dall'art. 13, comma 1, lett. cc-*bis*), decreto legge 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132 - consistita nella sostituzione, nell'ultimo periodo, della proposizione «*restano ferme le disposizioni di cui all'art. 617 c.p.c.*» con la previsione del reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione, ha ingenerato perplessità interpretative sulla coerenza complessiva del sistema disegnato dal legislatore e dubbi di carattere sistematico sulla natura dell'ordinanza collegiale e sulla sua impugnabilità.

Nell'esaminare *funditus* la questione, **Sez. 3, n. 12238/2019, Rossetti, Rv. 653893-01** ha operato una minuziosa ricognizione della norma, ravvisando nella formulazione attualmente vigente la facoltà di sottoporre al sindacato giurisdizionale: a) i provvedimenti adottati dal professionista delegato, reclamabili innanzi al giudice dell'esecuzione; b) i decreti emessi dal giudice dell'esecuzione su istanza del delegato che abbia incontrato difficoltà nello svolgimento delle operazioni, anch'essi reclamabili con ricorso al medesimo giudice; c) le ordinanze emesse dal giudice dell'esecuzione in esito ai predetti reclami, le quali possono formare oggetto di reclamo al tribunale in composizione collegiale nelle forme previste dall'art. 669 *terdecies* c.p.c..

Anche dopo la menzionata modifica normativa, il descritto subprocedimento ex art. 591 *ter* c.p.c. si inserisce nella «*particolare natura del rapporto tra giudice delegante e professionista delegato, il quale ultimo è un ausiliario del tutto sui generis ed espleta funzioni in tutto equiparate a quelle giurisdizionali del delegante*»: esso mira a «*risolvere difficoltà pratiche e superare celermente le fasi di impasse dovute ad incertezze operative o difficoltà materiali incontrate dal professionista delegato nello svolgimento delle operazioni di vendita*» e «*ha un perimetro applicativo limitato ai dubbi sollevati, alle incertezze incontrate od agli errori commessi dal professionista delegato [e] serve, dunque, a dirigere le operazioni delegate*».

Sulla base di queste argomentazioni, Sez. 3, n. 12238/2019, qualificata l'attività endoprocessuale di impulso, coordinamento o controllo sugli atti dell'ausiliario come priva di carattere decisorio e definitivo, ha dichiarato la non impugnabilità con ricorso per cassazione, nemmeno ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost., dell'ordinanza collegiale pronunciata all'esito del reclamo ex art. 591 *ter* c.p.c. avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione; ha comunque ribadito la natura generale del rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, adoperabile per far valere, indipendentemente dalla proposizione del reclamo *de quo*, eventuali nullità verificatesi nel corso delle operazioni delegate al professionista e per derivazione trasmesse agli atti successivi riservati al giudice dell'esecuzione (in ultima analisi, al decreto di trasferimento, atto conclusivo del subprocedimento di vendita forzata).

La correttezza e la trasparenza delle vendite giudiziarie sono assicurate anche dalla regola dell'art. 1471, primo comma, n. 2, c.c. che vieta l'acquisto, diretto o per

interposta persona, agli «*ufficiali pubblici, rispetto ai beni che sono venduti per loro ministero*», sanzionando la violazione del divieto con la nullità della vendita.

Secondo **Sez. 3, n. 04149/2019, De Stefano, Rv. 652745-01**, detto divieto si applica ai soggetti che istituzionalmente concorrono o possono concorrere allo sviluppo della procedura esecutiva, a tale fine svolgendo un qualunque ruolo in essa: *in primis*, il giudice dell'esecuzione designato per la procedura e il cancelliere (o impiegato di cancelleria), ma anche i loro sostituti istituzionali od occasionali («*quali cioè loro sono subentrati, subentrano o potrebbero loro subentrare per uno o più atti della procedura stessa*») o nelle relative impugnazioni, per previsione di legge o di regolamento o – per il personale di cancelleria – di organigramma amministrativo oppure ancora – quanto ai magistrati – delle tabelle di organizzazione dell'ufficio); lo stimatore; il custode; il professionista delegato; l'avvocato della procedura (se in concreto nominato), concretandosi in dette ipotesi la «*potenzialità e quindi il rischio di un'interferenza*» sull'esito il più possibile fruttuoso della procedura «*e così il sospetto di un'influenzabilità o sviamento rispetto all'istituzionale imparzialità, correttezza ed equidistanza da tutti i partecipanti*».

Al contrario, il divieto ex art. 1471 c.c. non si estende ai magistrati che, ancorché in servizio presso il tribunale che procede alla vendita, a meno di specifiche previsioni tabellari o di peculiari vicende in fatto, non siano stati, né potrebbero essere coinvolti o comunque interferire nel procedimento (come nel caso vagliato, in cui l'aggiudicatario-acquirente svolgeva le funzioni di giudice delle indagini preliminari presso il medesimo tribunale innanzi al quale pendeva l'espropriazione immobiliare).

Terminato l'esperimento di vendita con l'aggiudicazione del bene, il termine per il versamento del saldo prezzo, posto a carico dell'aggiudicatario dall'art. 587 c.p.c. a pena di decadenza, ha carattere perentorio, siccome fissato a presidio della regolarità della gara e dell'affidamento sulla stessa (**Sez. 3, n. 32136/2019, Rossetti, Rv. 656506-01/02**); il provvedimento del giudice dell'esecuzione che accordi una proroga (o disponga una illegittima rimessione in termini) all'aggiudicatario, in quanto immediatamente lesivo degli interessi del debitore e dei creditori, deve essere allora impugnato con il rimedio ex art. 617 c.p.c., sicché è inammissibile l'opposizione agli atti esecutivi proposta contro il successivo decreto di trasferimento, «*perché tesa a far valere un vizio riflesso, senza che sia stato previamente impugnato l'atto presupposto*» (ancora **Sez. 3, n. 32136/2019, Rossetti, Rv. 656506-01/02**).

L'aggiudicatario decaduto per omesso versamento del saldo del prezzo nel termine stabilito non ha diritto a ricevere la notificazione dell'avviso del successivo esperimento di vendita, sebbene dall'esito di essa dipenda la misura in cui egli sarà (eventualmente) tenuto nei confronti della procedura quale destinatario del decreto

di condanna previsto dagli artt. 587, secondo comma, c.p.c. e 177 disp. att. c.p.c. (Sez. 3, n. 29732/2019, D'Arrigo, Rv. 655843-01).

5.2. (segue) Effetti del pignoramento e vicende anomale dell'espropriazione immobiliare.

La permanenza del vincolo di destinazione impresso con il pignoramento è essenziale affinché la procedura possa addivenire al suo fisiologico epilogo, cioè alla liquidazione del bene mediante la sua alienazione e alla distribuzione del ricavato dalla vendita ai creditori; ne consegue che, ai sensi dell'art. 2668 *ter* c.c., la mancata rinnovazione della trascrizione del pignoramento nel termine ventennale – omissione rilevabile anche d'ufficio dal giudice – comporta la caducazione dell'espropriazione immobiliare (Sez. 3, n. 04751/2016, Frasca, Rv. 639344-01).

La chiusura anticipata, derivante dalla mancata rinnovazione della trascrizione del pignoramento, deve essere annoverata tra le forme di estinzione “atipiche” del processo esecutivo addebitabili alla condotta omissiva del procedente.

Conseguentemente, come puntualizzato da **Sez. 3, n. 12239/2019, Porreca, Rv. 653778-01**, in questa fattispecie e nelle altre ipotesi di chiusura dell'esecuzione ascrivibili alla responsabilità del creditore, l'interruzione della prescrizione del credito azionato determinata dall'atto di pignoramento ha effetto istantaneo a norma dell'art. 2945, terzo comma, c.c.; al contrario, l'effetto interruttivo del pignoramento è permanente e si protrae, ai sensi dell'art. 2945, secondo comma, c.c., fino al momento in cui il processo esecutivo abbia fatto conseguire al creditore, in tutto o in parte, l'attuazione coattiva del suo diritto ovvero, alternativamente, fino alla chiusura anticipata del procedimento determinata da una causa non imputabile al creditore medesimo (quali, ad esempio, la mancanza o l'insufficienza del ricavato delle vendite, la perdita successiva del bene assoggettato ad espropriazione e simili).

Se la trascrizione del pignoramento rende inefficaci nei confronti del ceto creditorio successivi atti traslativi del diritto pignorato o costitutivi di diritti reali (anche di garanzia) sul bene immobile staggito, si riscontrano vicende indipendenti dal regime di pubblicità immobiliare, che - come la sopravvenienza di una confisca penale - incidono sull'oggetto dell'azione esecutiva e impediscono a questa di pervenire alla sua naturale conclusione.

Della tutela del legittimo affidamento dell'aggiudicatario di un immobile colpito da confisca disposta in pendenza di procedura esecutiva si è interessata **Sez. 3, n. 03709/2019, D'Arrigo, Rv. 652986-01**, chiamata a decidere una controversia (ulteriore sviluppo della lite già trattata da Sez. U, n. 10532/2013, Vivaldi, Rv. 626570-01, e da Sez. U, n. 10533/2013, Vivaldi, non massimata) nella quale trovava

applicazione la disciplina transitoria dettata dall'art. 1, commi 194 e 195, della legge 24 dicembre 2012, n. 228.

Secondo l'esegesi sistematica della norma offerta da tale pronuncia, l'interesse dello Stato a confiscare il bene prevale su quello del creditore a soddisfarsi sull'immobile, ma è pur sempre recessivo rispetto a quello del terzo che si sia reso aggiudicatario del bene, anche in via provvisoria, in data anteriore all'entrata in vigore della legge n. 228 del 2012: infatti, pur non vantando sul bene espropriato un diritto soggettivo pieno, l'aggiudicatario è titolare di un'aspettativa di diritto (uno speciale *ius ad rem* condizionato al versamento del prezzo, secondo la definizione fornita da Sez. 3, n. 14765/2014, Scarano, Rv. 631577-01) e di un affidamento qualificato (garantito dall'art. 187 *bis* disp. att. c.p.c., come interpretato da Sez. U, n. 21110/2012, Rordorf, Rv. 624256-01) corrispondente all'«*interesse generale - di matrice pubblicistica - alla stabilità degli effetti delle vendite giudiziarie, quale momento essenziale per non disincentivare la partecipazione alle aste e quindi per garantire la fruttuosità delle stesse, in ossequio del principio costituzionale di ragionevole durata del processo*».

6. Espropriazione di beni indivisi: giudizio di divisione.

Oggetto dell'espropriazione di beni indivisi è la quota nella titolarità del debitore esecutato di un diritto reale su un bene in comunione con altri soggetti, cioè a dire la misura (o frazione) della partecipazione del debitore al diritto soggettivo comune.

Della divisione del bene comune secondo le regole ordinarie, costituente lo sviluppo normale della espropriazione di quota, si era occupato il giudice della nomofilachia con la prima (in ordine di tempo) pronuncia del “Progetto Esecuzioni” (Sez. 3, n. 20817/2018, De Stefano, Rv. 650419-01) affermando la natura di giudizio di cognizione ordinario, svolto nelle forme del libro secondo del codice di rito, autonomo rispetto alla espropriazione ma ad essa funzionalmente correlato, introdotto con la pronuncia (se presenti tutti gli interessati all'udienza di comparizione delle parti *ex art. 600 c.p.c.*) oppure con la notifica (se non tutti presenti gli interessati a tale udienza) dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione che dispone la divisione e fissa l'udienza per la trattazione del processo di cognizione innanzi a sé nelle vesti di giudice istruttore.

A questo percorso argomentativo si è richiamata **Sez. 6-2, n. 07617/2019, D'Ascola, Rv. 653373-03**: tra il giudizio di divisione intrapreso da alcuni dei partecipanti alla comunione (nel litisconsorzio necessario di tutti i condomini e dei creditori che abbiano trascritto pignoramento sull'immobile comune *ex art. 1113, terzo comma, c.c.*) e quello cd. endoesecutivo, instaurato in seno al processo di espropriazione forzata della quota di pertinenza di altro condividente, sussiste un rapporto di litispendenza, da disciplinare in base al criterio della prevenzione *ex art.*

39 c.p.c., avuto riguardo, da un lato, alla data della notificazione dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di divisione ordinario e, dall'altro, a quella della pronuncia (o della notifica alle parti non presenti) dell'ordinanza del G.E. che dispone la divisione nell'ambito del procedimento esecutivo.

Circa il possibile oggetto dell'espropriazione di beni indivisi (e della parentesi cognitiva divisoria), **Sez. U, n. 25021/2019, Lombardo, Rv. 655001-05**, risolvendo questione di massima e di particolare importanza, ha statuito che, in forza delle disposizioni eccezionali di cui all'art. 46, comma 5, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e all'art. 40, commi 5 e 6, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, lo scioglimento della comunione (ordinaria o ereditaria) relativa ad un edificio abusivo nell'ambito dell'espropriazione di beni indivisi (divisione c.d. endoesecutiva) o nell'ambito del fallimento (ora, liquidazione giudiziale) e delle altre procedure concorsuali (divisione c.d. endoconcorsuale) è sottratto alla comminatoria di nullità prevista, per gli atti di scioglimento della comunione aventi ad oggetto edifici abusivi, dall'art. 46, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001 e dall'art. 40, comma 2, della legge n. 47 del 1985.

Alla enunciata conclusione le Sezioni Unite sono addivenute in forza di un'interpretazione letterale e teleologica delle menzionate disposizioni: circa il primo profilo, le locuzioni adoperate dal legislatore (*«atti derivanti da procedure esecutive immobiliari»* e *«trasferimenti derivanti da procedure esecutive immobiliari individuali o concorsuali»*) sono tali da includere anche gli atti divisionali compiuti, con efficacia costitutivo-traslativa, nell'ambito del procedimento esecutivo; d'altro canto, *«gli atti di espropriazione dei beni pignorati o di quelli soggetti a procedura concorsuale, lungi dal promanare dalla volontà negoziale del proprietario del fabbricato abusivo, costituiscono invece atti che quest'ultimo deve patire nell'ambito dell'esecuzione forzata intrapresa nei suoi confronti dai creditori»*, per cui *«non avrebbe senso, una comminatoria di nullità che si estendesse agli atti traslativi posti in essere nell'ambito delle procedure esecutive individuali o concorsuali, perché una comminatoria di tal fatta, piuttosto che svolgere la sua tipica funzione di sanzione nei confronti del proprietario dell'edificio abusivo, finirebbe - al contrario - per avvantaggiare quest'ultimo in pregiudizio dei creditori»*.

7. Espropriazione contro il terzo proprietario.

Con riferimento all'espropriazione promossa dal creditore contro il terzo proprietario nei casi e con i modi di cui agli artt. 602 e ss. c.p.c., **Sez. 6-3, n. 04763/2019, Scrima, Rv. 653012-01**, riconosciuta la qualità di parti necessarie nel procedimento esecutivo tanto al terzo assoggettato all'espropriazione quanto al debitore, ha precisato che nel giudizio di opposizione all'esecuzione promosso dal terzo assoggettato all'esecuzione, il debitore, assieme al creditore, assume la veste di legittimo e necessario contraddittore, quale soggetto nei cui confronti

l'accertamento della ricorrenza o meno dell'azione esecutiva contro il terzo è destinato a produrre effetti immediati e diretti, sicché le sentenze rese in tale giudizio svolto in pretermissione del debitore sono *inutiliter datae*, con nullità rilevabile di ufficio, anche dal giudice di legittimità, e remissione della causa al giudice di primo grado.

8. Esecuzioni in forma specifica.

In tema di esecuzione per rilascio di bene immobile, **Sez. 3, n. 17674/2019, D'Arrigo, Rv. 654452-01**, ha affermato che il preavviso di rilascio configura, a mente dell'art. 608 c.p.c. (come modificato dal decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito dalla legge 14 maggio 2005, n. 80) l'atto iniziale della procedura e - come aveva già sostenuto la giurisprudenza di legittimità formatasi sotto l'egida della previgente disposizione - esaurisce, con la notifica, il suo scopo di preavvertire l'esecutato del prossimo accesso dell'ufficiale giudiziario, al fine di consentirgli l'adempimento spontaneo e comunque la presenza all'immissione in possesso del creditore procedente, con la conseguenza che non sussiste alcun obbligo di rinnovare l'avviso (e *a fortiori* il precetto) in caso di sospensione dell'esecuzione già iniziata e successivamente ripresa.

Come già rilevato al § 1., sono suscettibili di esecuzione forzata nelle forme disciplinate dagli artt. 612 e ss. c.p.c. unicamente i titoli (giudiziali e stragiudiziali) recanti condanna ad una prestazione di *facere* «che possa essere attuata indifferentemente sia dall'obbligato originario, sia per mezzo dell'attività sostitutiva di un qualunque altro soggetto, con identico effetto satisfattivo per il creditore» (così **Sez. 6-3, n. 18572/2019, De Stefano, Rv. 654619-01**, nell'attribuire natura di fare infungibile all'obbligo dell'ente previdenziale di inserire in determinati elenchi il nominativo di un lavoratore agricolo).

Sul regime della ordinanza conclusiva della procedura per obblighi di fare, un'importante precisazione, in chiave volutamente chiarificatrice rispetto a precedenti arresti discordanti, si rinviene in **Sez. 3, n. 17440/2019, Porreca, Rv. 654406-01**.

L'ordinanza del giudice dell'esecuzione di obblighi di fare o di non fare che, oltre a determinare le concrete modalità attuative del titolo (e risolvere le difficoltà insorte al riguardo), esamini e decida questioni afferenti alla portata sostanziale del titolo ovvero all'ammissibilità dell'azione esecutiva (nel caso trattato dalla S.C, dichiarando ineseguibile la sentenza di accertamento della linea di confine tra due fondi e di condanna all'apposizione di cippi e alla ricostruzione di una canalina) non è mai impugnabile con l'appello (o con altro mezzo tipico di reazione avverso i provvedimenti decisorii), ma è soggetta ad un duplice possibile rimedio: il reclamo ex art. 624 c.p.c., allorché tale decisione sia stata presa al solo fine di statuire sulla

mera sospensione della procedura, che resta pendente in attesa del giudizio di merito da instaurare; l'opposizione agli atti esecutivi, qualora invece la decisione abbia dichiarato la definitiva chiusura del procedimento, con provvedimento assimilabile a quello di improcedibilità.

Ad avviso di **Sez. 3, n. 29347/2019, Tatangelo, Rv. 655796-01**, soltanto la conclusione del procedimento esecutivo ex art. 612 c.p.c. avvenuta con la materiale attuazione dell'obbligo di fare (o di non fare) realizzata secondo le concrete modalità disposte dal giudice dell'esecuzione determina la c.d. irretrattabilità dei suoi risultati (e, di conseguenza, l'applicazione del principio del *ne bis in idem*), per cui ogni diverso esito della procedura che non implichi una valutazione del giudice dell'esecuzione sulla consumazione del diritto a procedere esecutivamente (ad esempio, la chiusura del procedimento per inerzia dell'ufficio o delle parti nell'attuazione della statuizione resa ai sensi dell'art. 612 c.p.c.) non preclude al creditore - salva la eventuale prescrizione del diritto - di azionare ulteriormente il titolo esecutivo.

9. Spese nell'espropriazione forzata.

La disciplina delle spese processuali nelle espropriazioni forzate è dettata dall'art. 95 c.p.c., norma ispirata al principio della soggezione del debitore all'esecuzione (e non già a quello della soccombenza, tipicamente connotante i giudizi di cognizione), in forza del quale grava sul creditore che compie un atto processuale l'onere dell'anticipazione delle relative spese, con ripetizione in sede di eventuale distribuzione (anche parzialmente) utile del ricavato.

Da questo principio (diffusamente approfondito, quanto alla *ratio* ed alla portata applicativa, dalla basilare Sez. 3, n. 24571/2018, Porreca, Rv. 651157-01) trae argomento **Sez. 2, n. 22800/2019, Gorjan, Rv. 655225-01**, nel ripartire il carico delle spese in un'esecuzione mobiliare con vendita delegata all'Istituto vendite giudiziarie non effettuata per declaratoria di improcedibilità della procedura conseguente all'intervenuto fallimento del debitore: in tale evenienza (al pari di quelle in cui la vendita non abbia luogo per causa non dipendenti dall'istituto delegato) la regola generale sancita dall'art. 95 c.p.c., non suscettibile di essere derogata dalle disposizioni di rango secondario del d.m. 11 febbraio 1997, n. 109, impone al giudice dell'esecuzione di porre le competenze liquidate all'ausiliario istituto vendite a carico del creditore procedente, cioè del soggetto tenuto ad anticipare le spese per atti del procedimento da lui avviato, *«in quanto il vincolo del pignoramento permane sino a che i beni non siano venduti nell'ambito della procedura fallimentare o questa non sia altrimenti chiusa, con la conseguenza che la procedura esecutiva, esistendo ancora i beni, può nuovamente liberamente svolgersi»*.

Su una questione più specifica in tema di spese, è intervenuta **Sez. 3, n. 21994/2019, De Stefano, non massimata**: l'esenzione dalle spese di giustizia, prevista dall'art. 10 della legge 11 agosto 1973, n. 533, per le controversie in tema di lavoro e di assistenza e di previdenza obbligatorie, si riferisce ai soli esborsi dovuti allo Stato e non agli atti comunque preparatori rimessi all'onere della parte (nella specie, le spese relative alla perizia di stima), questi ultimi essendo assunti a carico dell'erario esclusivamente in caso di ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

10. Opposizione all'esecuzione preventiva.

La limitata estensione del *thema decidendum* dell'opposizione proposta avverso l'esecuzione minacciata (o anche intrapresa) in forza di un titolo esecutivo di formazione giudiziale è nota: i motivi deducibili sono circoscritti (oltre al difetto dei presupposti, oggettivi e soggettivi, dell'azione esecutiva) ai fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto a procedere successivi al titolo stesso, restando preclusa - in virtù dei principi del giudicato che copre il dedotto e il deducibile e dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame - l'allegazione di doglianze inerenti al contenuto intrinseco del titolo o ad eventuali vizi del suo procedimento di formazione.

Tanto esclude - lo ha ribadito **Sez. 6-1, n. 29432/2019, Falabella, Rv. 656094-01**, la configurabilità di un rapporto di litispendenza tra l'opposizione a decreto ingiuntivo e l'opposizione a precetto intimato in virtù dello stesso decreto, atteso che con la prima si contesta la sussistenza del credito azionato in via monitoria, mentre con la seconda è negato il diritto della controparte a procedere ad esecuzione forzata, sicché non ricorre identità né del *petitum* e neppure della *causa petendi*.

Posta la irrilevanza, sotto pena di inammissibilità della opposizione, di fatti anteriori alla definitività del titolo, connotazioni differenti assume l'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* quando l'azione esecutiva si fondi su titolo esecutivo giudiziale in materia di famiglia, assistito sì da una definitività equiparabile al giudicato, ma del tutto peculiare, icasticamente definita *rebus sic stantibus*, riguardo al quale i fatti sopravvenuti possono rilevare ma soltanto attraverso particolari procedimenti, riservati alla cognizione del giudice specializzato nelle liti familiari, nel superiore e pubblicistico interesse alla migliore e ponderata valutazione delle esigenze dei soggetti della famiglia in crisi o già disciolta. Sulla base di queste argomentazioni, **Sez. 3, n. 17689/2019, De Stefano, Rv. 654560-01**, ha escluso che con l'opposizione al precetto intimato per crediti ascritti al mancato pagamento dell'assegno di mantenimento determinato a favore del figlio in sede di separazione o di divorzio, possano essere dedotti fatti sopravvenuti al titolo, da farsi valere invece col procedimento di modifica delle condizioni della separazione *ex art. 710*

c.p.c. o del divorzio *ex art.* 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, negando altresì che la modifica, ad opera del tribunale per i minorenni, del regime di collocazione del figlio abbia effetti automatici sulla precedente statuizione di un contributo economico per il figlio adottata dal tribunale della separazione o del divorzio.

L'oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione è definito dagli atti introduttivi della lite: assumendo l'opponente la veste di sostanziale e processuale di attore, le ragioni allegare per contrastare il diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata costituiscono la *causa petendi* della domanda proposta, soggetta al relativo regime, con la conseguenza che l'opponente non può sollevare nuove contestazioni nelle memorie *ex art.* 183, sesto comma, c.p.c. né il giudice può accogliere l'opposizione per motivi diversi da quelli esposti nel ricorso introduttivo (così **Sez. 3, n. 17441/2019, Porreca, Rv. 654355-02**).

L'accertamento della insussistenza (in tutto o in parte) del diritto del creditore a procedere esecutivamente rappresenta l'oggetto della opposizione all'esecuzione, tanto se spiegata in via preventiva (nelle forme e con i modi di cui al primo comma dell'art. 615 c.p.c.) quanto se spiegata in via successiva (nelle forme e con i modi di cui al primo comma dell'art. 615 c.p.c.).

La contemporanea pendenza di ambedue le controversie, se proposte avverso il medesimo titolo esecutivo e con la deduzione delle medesime ragioni di doglianza, integra, secondo il principio di diritto enunciato nell'interesse della legge da **Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-01**, il presupposto: per la declaratoria di litispendenza delle cause, se pendenti, nel merito, innanzi ad uffici giudiziari differenti (anche per grado); per l'adozione dei provvedimenti officiosi di riunione delle cause *ex art.* 273 c.p.c. (ferme restando le decadenze maturate nella causa iniziata per prima) nella (più probabile) ipotesi di pendenza dei giudizi oppositivi innanzi lo stesso ufficio giudiziario.

Quanto alle possibili vicende anomale dell'opposizione a precetto, **Sez. 3, n. 29327/2019, D'Arrigo, Rv. 655794-01**, ha considerato ragione di improcedibilità del giudizio la dichiarazione di fallimento del debitore opponente, per essere la causa attratta alla competenza del tribunale fallimentare stabilita dall'art. 52, comma 2, l.fall., secondo cui ogni credito deve essere accertato in base alle norme prescritte per la verifica dello stato passivo.

In ordine al regime di impugnazione dei provvedimenti conclusivi dell'opposizione all'esecuzione, **Sez. 3, n. 23623/2019, D'Arrigo, Rv. 655491-01**, con principio di diritto enunciato ai sensi dell'art. 363 c.p.c., ha chiarito che, pur dopo l'abrogazione del divieto di appellabilità posto dall'art. 616 c.p.c. (nella formulazione introdotta dalla legge 24 febbraio 2006, n. 52 e poi soppressa dalla legge 18 giugno 2009, n. 69), le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità necessaria, in ragione del valore della lite (ovvero in cause di valore inferiore

a 1.100 euro), sono suscettibili di appello a motivi limitati, cioè unicamente per le ragioni indicate dall'art. 339, terzo comma, c.p.c. (violazione delle norme sul procedimento, violazione di norme costituzionali o comunitarie oppure dei principi regolatori della materia).

10.1. (*segue*) La sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo.

A mente dell'art. 615, comma 1, c.p.c., il giudice adito con opposizione all'esecuzione preventiva *«concorrendo gravi motivi, sospende su istanza di parte l'efficacia esecutiva del titolo»*.

Sul regime del provvedimento di (accoglimento o di rigetto della) sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo (e, segnatamente, sui rimedi esperibili avverso lo stesso, in mancanza di una previsione *ad hoc* nel dato positivo) il sindacato del giudice di legittimità, mai in precedenza esercitato, è stato sollecitato da una richiesta formulata dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363 c.p.c., motivata dal chiaro interesse nomofilattico della tematica, oggetto di contrastanti opzioni ermeneutiche nella giurisprudenza di merito.

La questione, ritenuta di particolare importanza *ex art.* 363, secondo comma, c.p.c., è stata trattata da **Sez. U, n. 19889/2019, De Stefano, Rv. 654839-01**, operando una compiuta ed esaustiva ricostruzione sistematica della natura, dei presupposti e della disciplina della misura sospensiva in esame.

Esclusa, ai fini della risoluzione del problema, ogni valenza significativa della anodina formulazione letterale dell'art. 615 c.p.c., le Sezioni Unite hanno argomentato, in via di interpretazione sistematica, dalla disomogeneità della sospensione pre-esecutiva rispetto alle inibitorie del titolo esecutivo giudiziale nell'ambito della sua impugnazione (artt. 351, 373 c.p.c. o anche alla inibitoria *ex art.* 649 c.p.c. nell'opposizione a decreto ingiuntivo), provvedimenti espressamente definiti dalla legge come non impugnabili.

Siffatta diversità discende dal *thema decidendum* dell'azione esperita ai sensi dell'art. 615, comma 1, c.p.c.: lungi dal costituire un'impugnazione del titolo esecutivo (nemmeno di quello stragiudiziale), l'opposizione preventiva all'esecuzione ha ad oggetto la contestazione del diritto di agire in via esecutiva che *«non solo non si esaurisce, ma neppure coincide necessariamente con la contestazione del titolo [...] ben potendo involgere numerosi elementi anche ad esso del tutto estrinseci»*, come nell'ipotesi di deduzione dell'eccessività della pretesa intimata oppure del difetto di legittimazione attiva o passiva all'azione esecutiva per ragioni diverse da quelle accertate dal titolo (negazione della qualità di erede del debitore, inosservanza del *beneficium excussionis* ed altre vicende analoghe).

In una prospettiva di adeguata tutela dell'intimato opponente, la sospensione pre-esecutiva mira ad anticipare l'effetto finale proprio dell'azione di cognizione cui accede quale misura interinale, cioè la declaratoria di inesistenza (anche per fatti sopravvenuti o soltanto parziale) del contestato diritto di agire *in executivis* ed ha funzione di inibitoria dell'esecuzione come specificamente minacciata con il precetto opposto: essa ha dunque natura *sui generis* cautelare, qualificazione che comporta l'applicabilità in via immediata del rimedio previsto dall'art. 669 *terdecies* c.p.c..

La pronuncia *de qua* ha poi evidenziato l'omologia tra l'opposizione all'esecuzione preventiva (art. 615, primo comma, c.p.c.) e l'opposizione all'esecuzione successiva (art. 615, secondo comma, c.p.c.), ambedue aventi ad oggetto la negazione del diritto di esercitare la specifica azione esecutiva (minacciata o intrapresa), e la conseguente equiparazione funzionale dei provvedimenti di sospensione (pur con la più ampia incidenza connotante quello emesso *ex art.* 615, primo comma, c.p.c.), con la necessità di sottoporre gli stessi al medesimo regime.

Il principio conclusivamente affermato dalle Sezioni Unite è stato che il provvedimento con cui il giudice dell'opposizione preventiva all'esecuzione decide, ai sensi del primo comma dell'art. 615 c.p.c., sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è impugnabile col rimedio del reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. al Collegio del tribunale cui appartiene il giudice monocratico - o nel cui circondario ha sede il giudice di pace - che ha emesso il provvedimento.

Collocandosi in linea di continuità con l'impianto sistematico disegnato dalla pronuncia ora illustrata e portando ad ulteriori sviluppi i postulati fondamentali di esso, la già citata Sez. 3, n. 26285/2019 si è diffusa, attraverso una serie di principi di diritto nell'interesse della legge, nella elaborazione di un compiuto statuto di disciplina delle misure sospensive interinali ai giudizi oppositivi e delle rispettive interazioni, riguardate alla luce delle differenti prospettive del giudice e delle parti.

Ribadita la portata più ampia della sospensione pre-esecutiva (siccome «*inibisce al creditore precettante di intraprendere qualsiasi azione esecutiva sulla base di quel precetto e del titolo esecutivo ivi indicato*»), **Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-02**, ritenendo l'incoerenza di un'interpretazione che restringa la tutela del debitore per effetto di una condotta del creditore controinteressato ed evocando il principio della *perpetuatio jurisdictionis*, ha affermato che il giudice adito con opposizione a precetto non perde il potere di provvedere sull'istanza di sospensione dell'efficacia del titolo ove sia intrapresa l'esecuzione forzata minacciata con il precetto opposto.

Gli effetti del provvedimento di sospensione adottato ai sensi dell'art. 615, primo comma, c.p.c. sono differenti in rapporto al tempo della sua adozione: esso opera alla stregua di una sospensione esterna *ex art.* 623 c.p.c. in relazione alle procedure esecutive nel frattempo promosse, i cui atti conserveranno tuttavia i

propri effetti, giusta il disposto dell'art. 626 c.p.c.; inibisce invece radicalmente il compimento di ogni atto esecutivo dopo la sua pronuncia, con la derivante nullità, rilevabile anche di ufficio dal giudice dell'esecuzione, del pignoramento eseguito in epoca posteriore all'adozione della sospensione ex art. 615, primo comma, c.p.c. (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-03**).

Vista dall'angolo visuale dell'opponente, la proposizione al giudice dell'opposizione a precetto di un'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ai sensi dell'art. 615, primo comma, c.p.c., determina la consumazione del relativo potere processuale e preclude quindi, in ossequio ai principi generali del giusto processo, della ragionevole durata e secondo criteri di economia processuale, la possibilità di richiedere al giudice dell'esecuzione, per le stesse ragioni, la sospensione della procedura esecutiva ex art. 624 c.p.c., ancorché il giudice dell'opposizione a precetto non si sia ancora pronunciato (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-04**).

11. Opposizione all'esecuzione successiva.

Caratteristica tipizzante l'opposizione all'esecuzione successiva (al pari delle altre opposizioni esecutive in senso proprio: agli atti esecutivi ex art. 617, secondo comma, c.p.c. e di terzo all'esecuzione) è l'articolazione a cadenza bifasica secondo lo schema di seguito descritto, oggetto di progressiva definizione in via pretoria (da ultimo, con la fondamentale Sez. 3, n. 25170/2018, Tatangelo, Rv. 651161-01):

- una prima fase, necessaria ed inderogabile, introdotta da un ricorso indirizzato al giudice dell'esecuzione, imperniata su un'udienza svolta in camera di consiglio ed informata ad una cognizione di mera verosimiglianza, avente ad oggetto la delibazione sull'istanza cautelare di sospensione della procedura (ovvero, nell'ipotesi di opposizione agli atti esecutivi, di adozione dei provvedimenti indilazionabili) e conclusa con un'ordinanza - soggetta a reclamo nelle forme ex art. 669 *terdecies* c.p.c.
- che statuisce anche sulle spese della fase;

- una seconda fase, meramente eventuale, aperta dall'atto introduttivo (o riassuntivo) del giudizio di merito, svolta innanzi al giudice competente secondo le modalità (inerenti, innanzitutto, alla forma dell'atto introduttivo) del processo ordinario di cognizione (ovvero secondo un differente rito speciale, se pertinente alla materia della causa), con la sola deroga della dimidiazione dei termini a comparire, avente ad oggetto la decisione (assunta con gli strumenti della cognizione piena) sulla fondatezza dell'opposizione e definita con sentenza idonea al passaggio in giudicato.

L'anello di congiunzione tra i due segmenti è costituito dal termine perentorio, stabilito nella ordinanza conclusiva della prima fase, per la introduzione (o per la

riassunzione, in caso di opposizione all'esecuzione o di terzo all'esecuzione devolute ad un giudice diverso dal tribunale) della causa di merito innanzi al giudice competente; cesura unicamente funzionale all'attribuzione della cognizione sul merito della lite ad un giudice tendenzialmente diverso da quello che ha trattato la fase sommaria, ma che non esclude l'unitarietà del processo di opposizione.

Una peculiare modalità di declinazione della bifasicità è stata tratteggiata dalla menzionata Sez. 3, n. 26285/2019, nell'ipotesi di opposizione all'esecuzione *ex art.* 615, secondo comma, c.p.c., che faccia seguito ad opposizione a precetto *ex art.* 615, primo comma, c.p.c. identica *per petitum* e *causa petendi* (cioè a dire fondata sulle medesime ragioni, fattuali e giuridiche, e diretta a contestare il diritto a procedere azionato in virtù del medesimo titolo esecutivo).

La pendenza dell'identica opposizione a precetto incide in una duplice maniera sull'ordinanza di chiusura della prima fase della opposizione all'esecuzione successiva.

Per un verso, limita il potere di sospensiva del giudice dell'esecuzione, esercitabile solo in caso di mancata formulazione di richiesta di sospensiva *ex art.* 615, primo comma, c.p.c. al giudice della opposizione a precetto, titolare di un potere mutualmente esclusivo rispetto a quello del giudice dell'esecuzione.

D'altro canto, esime il giudice dell'esecuzione dall'assegnare alle parti il termine per promuovere il giudizio di merito, «*sostanzialmente superfluo*» giacché destinato, seppure introdotto, ad essere definito in rito (mediante cancellazione della causa dal ruolo *ex art.* 39, primo comma, c.p.c. oppure riunione *ex art.* 273 c.p.c.), essendo l'opposizione a precetto il giudizio di merito che le parti sono onerate di proseguire (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-05**).

Qualora il giudice dell'esecuzione provveda nel descritto modo (cioè a dire con l'ordinanza di chiusura della fase sommaria non disponga per la prosecuzione nel merito del giudizio), la parte interessata a sostenere la diversità delle domande formulate nelle due opposizioni è tenuta ad introdurre, di sua iniziativa, il giudizio di merito nel termine di cui all'*art.* 289 c.p.c. (chiedendo in quella sede che sia accertata l'insussistenza della litispendenza) in quanto avverso il provvedimento di chiusura della fase sommaria dell'opposizione, avente natura ordinatoria, non possono essere esperiti né l'opposizione agli atti esecutivi, né il ricorso per cassazione *ex art.* 111, settimo comma, Cost., né il regolamento di competenza (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-06**).

Allorché invece, pendendo un'opposizione a precetto, il giudice dell'esecuzione - o il collegio adito in sede di reclamo - sospenda l'esecuzione per gli stessi motivi dedotti nell'opposizione pre-esecutiva, le parti non sono tenute a promuovere il giudizio di merito nel termine eventualmente loro assegnato, non conseguendo da tale omissione l'estinzione del processo esecutivo *ex art.* 624, terzo comma, c.p.c.,

atteso che l'unico giudizio che le parti sono tenute a coltivare è quello, già introdotto, di opposizione a precetto (**Sez. 3, n. 26285/2019, D'Arrigo, Rv. 655494-07**).

La (pacifica) non applicabilità dell'istituto della sospensione feriale ai giudizi di opposizione all'esecuzione richiede particolare attenzione quando in detta controversia siano sollevate eccezioni di compensazione o proposte domande riconvenzionali.

Sullo specifico argomento, meritano segnalazione:

- **Sez. 6-3, n. 29802/2019, D'Arrigo, Rv. 656157-01**, secondo cui, quando nel giudizio di opposizione all'esecuzione sia eccepito dal debitore eseguito un controcredito ed esso sia contestato dal creditore procedente, se il valore del controcredito non eccede quello del credito per cui si procede, il cumulo di cause (quella di opposizione e quella di accertamento del controcredito) non resta soggetto alla sospensione dei termini per il periodo feriale, mentre, se il controcredito sia eccedente, opera tale sospensione;

- **Sez. 6-3, n. 33728/2019, Porreca, Rv. 656351-01**, ad avviso della quale ove in sede di opposizione all'esecuzione l'opposto formuli una domanda riconvenzionale subordinata, volta ad ottenere, nel caso di esito positivo dell'opposizione, un nuovo accertamento sulla situazione sostanziale consacrata nel titolo esecutivo, la controversia è soggetta alla sospensione feriale dei termini soltanto se la sentenza abbia accolto tale opposizione e, quindi, abbia deciso sulla menzionata riconvenzionale; al contrario, la sospensione non opera nell'ipotesi di rigetto dell'opposizione, in quanto esclusivamente l'esito positivo dell'impugnazione della relativa decisione può comportare il successivo ingresso dell'esame della domanda riconvenzionale davanti al giudice d'appello od a quello di rinvio.

12. Opposizione agli atti esecutivi.

Anche per le opposizioni agli atti esecutivi opera la distinzione tra i giudizi proposti in via preventiva avverso gli atti prodromici all'esecuzione (art. 617, primo comma, c.p.c.) e quelli proposti successivamente all'inizio dell'esecuzione (art. 617, secondo comma, c.p.c.), con differenti criteri di competenza territoriale (comunque inderogabile), salva la devoluzione della lite *ratione materiae* solo al Tribunale.

È questione assai dibattuta la possibilità di introdurre l'opposizione agli atti esecutivi (*ex* art. 617, primo comma, c.p.c. oppure il giudizio di merito *ex* art. 617, secondo comma, c.p.c.) nelle forme del procedimento sommario di cognizione *ex* artt. 702 *bis* e ss. c.p.c., in ragione del difficile coordinamento dell'appello previsto dall'art. 702 *quater* c.p.c. con l'impugnabilità della decisione sull'opposizione agli atti esecutivi. Una importante puntualizzazione sull'argomento, pur senza specificamente affrontare il problema, si rinviene in **Sez. 3, n. 18331/2019**,

Tatangelo, Rv. 654565-01, netta nell'escludere che la proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi col ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c. possa essere sanzionata con l'inammissibilità, riservata dalla legge all'impiego del rito speciale nei casi in cui il tribunale giudica in composizione collegiale (e, dunque, non nell'opposizione *ex art. 617* c.p.c.), dovendo invece, in tale ipotesi, ritenersi consentita esclusivamente l'adozione dell'ordinanza di mutamento del rito da sommario ad ordinario di cui all'*art. 702 ter*, terzo comma, c.p.c., con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

Sulla corretta individuazione dei soggetti da evocare in lite nelle opposizioni agli atti esecutivi, **Sez. 3, n. 17441/2019, Porreca, Rv. 654355-01**, ha specificato che la necessità di integrazione del contraddittorio deve essere verificata, nel rispetto della regola del litisconsorzio necessario, con riferimento al momento della proposizione della domanda (escludendo, nel caso esaminato, che il contraddittorio tra il debitore opponente, il creditore procedente e quelli intervenuti, dovesse essere esteso anche all'aggiudicatario, essendo l'aggiudicazione intervenuta dopo la proposizione dell'opposizione).

Una tematica di rilevante impatto operativo, riferita ai soli giudizi di opposizione agli atti esecutivi successiva e correlata alla scansione bifasica degli stessi, è stata affrontata da **Sez. 3, n. 24224/2019, Rossetti, Rv. 655174-01**, chiamata a stabilire la entità del termine per la costituzione in giudizio nella fase di merito.

Escluso, in forza di una puntuale esegesi letterale, che l'*art. 618* c.p.c. preveda una dimidiazione del termine a comparire ed escluso altresì che quest'ultima consegua, indefettibilmente, alla dimidiazione del termine a comparire, la S.C. ha affermato che il termine per la costituzione in giudizio della parte che introduca la fase di merito non subisce alcuna riduzione (essendo, pertanto, di dieci giorni dalla prima notificazione dell'atto di citazione) e che la tardiva effettuazione della iscrizione a ruolo, mero adempimento di carattere amministrativo, non determina la improcedibilità del giudizio, ma soltanto l'applicazione delle regole generali di cui agli *artt. 171 e 307* c.p.c. (e dunque la procedibilità del giudizio, qualora almeno una delle parti si sia costituita nel termine ed essa assegnato; la possibilità di riassumere il giudizio se invece nessuna delle parti si sia costituita tempestivamente).

13. Opposizione di terzo all'esecuzione.

Relativa ad una possibile vicenda anomala del giudizio di opposizione *ex art. 619* c.p.c. è **Sez. 3, n. 22166/2019, Rossetti, Rv. 654938-01**: se in pendenza della lite il debitore esecutato è dichiarato fallito, il processo deve essere interrotto, ai sensi dell'*art. 43*, terzo comma, l.fall., e la pretesa dell'opponente va accertata in sede fallimentare; l'eventuale riassunzione del processo nei confronti della curatela, poi,

può condurre alla pronuncia di una sentenza meramente dichiarativa e non di condanna, inopponibile al fallimento ed idonea esclusivamente a costituire un titolo da fare valere verso il fallito ove dovesse tornare *in bonis* o se il bene oggetto del contendere dovesse restare invenduto alla chiusura della procedura concorsuale.

Non di rado con l'opposizione di terzo *ex art. 619 c.p.c.* proposta nell'ambito dell'espropriazione immobiliare si assume l'avvenuto acquisto per usucapione del bene staggito, con la allegazione di una sentenza resa in separato giudizio tra il debitore esecutato e il terzo opponente. Di questa fattispecie si è interessata, enunciando principio di diritto nell'interesse della legge, **Sez. 3, n. 29325/2019, D'Arrigo, Rv. 655793-01**: atteso che nel giudizio ad oggetto l'usucapione di beni immobili il creditore garantito da ipoteca iscritta anteriormente alla trascrizione della domanda riveste la qualità di litisconsorte necessario (in quanto titolare di un diritto reale - risultante dai pubblici registri ed opponibile *erga omnes* - di cui l'usucapione produce l'estinzione), la sentenza emessa nella pretermissione di tale creditore non spiega effetti nei suoi confronti e può essere prudentemente apprezzata solo quale mero elemento di prova nell'opposizione di terzo *ex art. 619 c.p.c.* promossa dall'usucapente avverso l'espropriazione dello stesso immobile.

Concerne la peculiare vicenda di un'opposizione *ex art. 619 c.p.c.* avverso l'espropriazione di un autoveicolo pignorato presso l'azienda del debitore la decisione di **Sez. 3, n. 26327/2019, D'Arrigo, Rv. 655381-01**, la quale ha ritenuto gravato il terzo opponente dell'onere di provare non soltanto l'acquisto del bene, ma anche che il debitore esecutato ne abbia conseguito il possesso per un titolo diverso dal trasferimento di proprietà, assumendo a tal fine le risultanze del P.R.A. valore meramente indiziario, liberamente apprezzabile dal giudice di merito in uno agli altri elementi di prova.

CAPITOLO XIX

I PROCEDIMENTI SPECIALI

(DI ANDREA PENTA)

SOMMARIO: 1. Il procedimento d'ingiunzione: la competenza. 2. La prova scritta. 3. Notificazione ed inefficacia del d.i. 4. Il giudizio di opposizione a d.i. 5. L'opposizione tardiva a d.i. 6. L'esecutorietà del d.i. 7. Il procedimento per convalida di sfratto. 8. La tutela cautelare. 9. Il reclamo contro i provvedimenti cautelari. 10. Il sequestro giudiziario. 11. Il sequestro liberatorio. 12. La consulenza tecnica preventiva. 13. I provvedimenti d'urgenza. 14. I procedimenti possessori. 15. Il processo sommario di cognizione. 16. La separazione dei coniugi. 17. La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi. 18. I procedimenti in camera di consiglio. 19. Lo scioglimento di comunioni.

1. Il procedimento d'ingiunzione: la competenza.

In tema di pagamento di compensi di avvocato, il foro speciale di cui all'art. 637, comma 3, c.p.c. trova applicazione solo se la domanda monitoria abbia ad oggetto l'onorario per prestazioni professionali rese dall'avvocato direttamente al cliente rappresentato e difeso in giudizio. Sez. 2, **n. 07674/2019, Dongiacomo, Rv. 653152 – 01**, ha escluso che il detto foro possa, invece, trovare applicazione ove la domanda si riferisca al credito al compenso maturato dal medesimo professionista nei confronti di un diverso collega che lo abbia incaricato, in forza di un ordinario contratto di mandato, sia pure a beneficio di un terzo, dello svolgimento di singoli atti processuali nell'interesse del proprio assistito.

Sez. 6 - 2, **n. 15579/2019, Orilia, Rv. 654344 – 01**, ha ribadito (conf. Sez. 6 - 2, n. 14594/2012, Giusti, Rv. 623562 - 01) che, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, il provvedimento recante la dichiarazione di incompetenza del giudice che ha emanato il decreto monitorio non è una decisione soltanto sulla competenza, ma presenta un duplice contenuto, di accoglimento in rito dell'opposizione e di caducazione, per nullità, del decreto, con la conseguenza che ad esso non si applica la previsione della forma conclusiva dell'ordinanza, di cui all'art. 279, comma 1, c.p.c., come modificato dall'art. 46 della l. n. 69 del 2009.

Quest'ultima decisione sembra porsi in contrasto con Sez. 6 - 3, n. 16089/2018, Graziosi, Rv. 649430 – 01, secondo cui la sentenza di primo grado che abbia dichiarato la nullità del decreto ingiuntivo opposto in quanto emesso da giudice territorialmente incompetente ha natura di decisione esclusivamente sulla competenza, essendo la dichiarazione di nullità un mero effetto di diritto di tale declaratoria; essa, pertanto, è impugnabile solo con regolamento necessario di competenza, ex art. 42 c.p.c., e non mediante appello, la cui inammissibilità, se non dichiarata dal giudice di secondo grado, è rilevabile anche d'ufficio in sede di legittimità.

2. La prova scritta.

Quanto ai crediti bancari, **Sez. 3, n. 14357/2019, Guizzi, Rv. 654199 - 01** (Sez. 1, n. 06705/2009, Giancola, Rv. 607111 - 01), ha affermato che l'art. 102 della legge 7 marzo 1938, n. 141 limita il valore probatorio dell'estratto di saldaconto (costituente documento diverso dagli estratti conto veri e propri) al procedimento monitorio, mentre nel successivo procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo siffatto documento può assumere rilievo solo come documento indiziario, la cui portata è liberamente apprezzata dal giudice nel contesto di altri elementi ugualmente significativi.

In quest'ottica, in passato Sez. 1, n. 25857/2011, Bernabai, Rv. 620616 – 01, ha con estese argomentazioni evidenziato che nel procedimento a cognizione piena introdotto con l'opposizione a decreto ingiuntivo il certificato di saldaconto (a differenza di quanto previsto per la fase monitoria dall'art. 50 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, recante il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) ha valore indiziario e può assolvere l'onere della prova dell'ammontare del credito in forza della clausola, contenuta nel contratto di conto corrente, con la quale il cliente riconosca che i libri e le altre scritture contabili della banca facciano piena prova nei suoi confronti, trattandosi di clausola immune da nullità, agli effetti dell'art. 2698 c.c., in quanto non integrante una non consentita inversione dell'onere probatorio su diritti di cui le parti non possano disporre, né un aggravamento eccessivo dell'esercizio del diritto.

Allineandosi a questa impostazione, **Sez. 1, n. 00279/2019, Nazzicone, Rv. 652418 – 01**, ha ritenuto che il certificato di c.d. "saldaconto" sia, pertanto, idoneo ad assolvere all'onere della prova dell'ammontare del credito nei confronti del fideiussore, tanto più qualora il contratto di conto corrente contenga una clausola in forza della quale il cliente riconosce che i libri e le altre scritture contabili della banca fanno piena prova verso di lui del debito garantito.

3. Notificazione ed inefficacia del d.i.

Nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 644 c.p.c., l'inefficacia del decreto ingiuntivo è legittimamente riconducibile alla sola ipotesi in cui manchi o sia inesistente la notifica nel termine stabilito dalla norma predetta, poiché la notificazione del decreto ingiuntivo comunque effettuata, anche se nulla, è pur sempre indice della volontà del creditore di avvalersi del decreto stesso. Pertanto, secondo **Sez. L, n. 01509/2019, Patti, Rv. 652454 – 01**, potendo tale nullità od irregolarità essere fatta valere a mezzo dell'opposizione tardiva di cui al successivo art. 650 c.p.c., deve essere esclusa la presunzione di abbandono del titolo che costituisce il fondamento della previsione di inefficacia di cui all'art. 644 c.p.c.

In passato, Sez. 6 - 3, n. 23903/2018, Tatangelo, Rv. 650884 - 01, ha escluso che possa essere dichiarata *ex art. 188 disp. att. c.p.c.*, l'inefficacia di un decreto ingiuntivo nel caso in cui la notifica si sia regolarmente perfezionata ai sensi dell'art. 140 c.p.c., ma sia stata effettuata in luogo diverso dalla residenza che il destinatario aveva al momento della notificazione, costituendo tale ipotesi un caso di nullità e non di inesistenza della notifica, che ricorre, oltre che nel caso di totale mancanza dell'atto, nelle sole ipotesi in cui sia posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria delle nullità. La pronuncia si inserisce nel solco di Sez. U, n. 14916/2016, Rv. 640603 - 01, a mente della quale gli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione consistono: a) nell'attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; b) nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento.

4. Il giudizio di opposizione a d.i.

Sez. 3, n. 13594/2019, Di Florio, Rv. 654201 - 01, ha ribadito (cfr. in tal senso, in passato, Sez. 1, n. 24858/2011, Giancola, Rv. 620419 - 01) che il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo può rilevare d'ufficio l'inammissibilità dell'opposizione per inosservanza del termine prescritto dall'art. 641 c.p.c., solo se dagli atti emerge con certezza la tardività dell'opposizione in riferimento sia al *dies a quo*, ossia alla data di notificazione del decreto, che al *dies ad quem*, ossia alla data della relativa opposizione, ma, qualora sia noto soltanto il *dies ad quem*, non può adottare analoga statuizione officiosa presumendo tale tardività in assenza di dati significativi e, segnatamente, addebitando all'opponente la mancata produzione della busta contenente il decreto notificato, in quanto recante la data di smistamento del plico presso l'ufficio postale, ma non anche quella di effettivo recapito al destinatario.

L'opposizione a decreto ingiuntivo introduce un procedimento ordinario a cognizione piena nel quale il giudice, anche se abbia accertato la mancanza delle condizioni richieste dagli artt. 633 e ss. c.p.c., deve comunque pronunciare sul merito del diritto fatto valere dal creditore, tenuto conto degli elementi probatori esibiti nel corso del giudizio. In applicazione di tale principio, **Sez. 2, n. 07020/2019, Tedesco, Rv. 652941 - 01**, ha cassato con rinvio la sentenza del tribunale, che, in riforma della sentenza del giudice di pace, si era limitata a riconoscere la validità della procura alle liti rilasciata per la fase monitoria,

confermando il decreto ingiuntivo opposto, senza pronunciarsi sul merito della domanda fatta valere con la domanda di ingiunzione.

In passato, Sez. I, n. 15702/2004, Curcuruto, Rv. 575536 – 01, aveva affermato che, nel sistema delineato dal codice di procedura civile, il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si atteggia come un procedimento il cui oggetto non è ristretto alla verifica delle condizioni di ammissibilità e di validità del decreto stesso, ma si estende all'accertamento, con riferimento alla situazione di fatto esistente al momento della pronuncia della sentenza, dei fatti costitutivi del diritto in contestazione, a nulla rilevando, al fine di trasformare il giudizio in una mera verifica dei requisiti formali, che l'opposto, costituendosi nel giudizio di opposizione, chieda solo la conferma del decreto ingiuntivo.

Sulla premessa che l'opposizione al decreto ingiuntivo instaura un ordinario giudizio di cognizione, nel quale il giudice deve procedere ad una autonoma valutazione di tutti gli elementi offerti sia dal creditore per dimostrare la fondatezza della propria pretesa dedotta con il ricorso sia dall'opponente per contestarla, **Sez. 6 - I, n. 14486/2019, Spena, Rv. 654022 – 01**, ha ribadito che a tal fine non è necessario che la parte che ha chiesto l'ingiunzione formuli una specifica ed espressa domanda di pronuncia sul merito della pretesa creditoria, essendo sufficiente che resista all'opposizione e chieda conferma del decreto opposto. E così ha cassato con rinvio la decisione di merito che si era limitata a revocare il decreto ingiuntivo, senza emettere sentenza di condanna al pagamento della minore somma risultata dovuta, in quanto l'opposto, nel costituirsi, aveva chiesto solo la conferma dell'ingiunzione e non anche l'accertamento del credito per un importo minore.

In termini generali, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo le parti possono essere soltanto colui il quale ha proposto la domanda di ingiunzione e colui contro cui tale domanda è diretta (Sez. 6 - 2, n. 15567/2018, Scalisi, Rv. 649093 – 01).

Nell'opposizione a decreto ingiuntivo, legittimato passivo è esclusivamente il beneficiario dell'ingiunzione, sicché, ove la citazione in opposizione venga proposta e notificata nei confronti di un soggetto diverso da quello a favore del quale il decreto ingiuntivo sia stato pronunciato, si determina la nullità della stessa *ex artt.* 163, n. 2, e 645, n. 1, c.p.c., salvo che, nel caso di giudizi iniziati dopo il 30 aprile 1995, rispetto ai quali trova applicazione l'art. 164, comma 3, c.p.c., nel testo novellato dall'art. 90 della l. n. 353 del 1990, il ricorrente in sede monitoria, non provveda a costituirsi in giudizio, sanando *ex tunc* il vizio di nullità e, con essa, la correlata inammissibilità dell'opposizione per decorrenza dei relativi termini di proposizione. Il principio è stato ribadito da **Sez. 2, n. 15946/2019, Bellini, Rv. 654227 – 01**, richiamando Sez. 1, n. 04470/1999, Macioce, Rv. 526019 – 01, la quale, a sua volta, ha chiarito che, nel caso di costituzione in giudizio del soggetto

legittimato, cioè del ricorrente per ingiunzione, infondatamente quest'ultimo può dedurre di essersi costituito al solo fine si eccepire la tardività dell'opposizione, nel presupposto della consumazione del termine di quaranta giorni per la proposizione dell'opposizione (principio enunciato dalla Suprema Corte con riguardo ad un caso nel quale, emesso il decreto ingiuntivo a favore di soggetto asseritosi titolare di una ditta individuale, l'opposizione era stata proposta e notificata nei riguardi di una S.a.s. della quale quel soggetto veniva indicato come "titolare" e si era, poi, costituito nel giudizio di opposizione quello stesso soggetto come titolare della ditta individuale).

L'opponente a decreto ingiuntivo che intenda chiamare in causa un terzo non può direttamente citarlo per la prima udienza ma deve chiedere al giudice, nell'atto di opposizione, di essere a ciò autorizzato, in quanto, per effetto dell'opposizione, non si verifica alcuna inversione della posizione sostanziale delle parti nel giudizio contenzioso, nel senso che il creditore mantiene la veste di attore e l'opponente quella di convenuto; peraltro, per **Sez. 2, n. 21706/2019, Scarpa, Rv. 655233 - 01**, il provvedimento con il quale il giudice autorizza o nega la chiamata in causa di un terzo ad istanza di parte, ove non si verta in ipotesi di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c., coinvolge valutazioni assolutamente discrezionali che, come tali, non possono formare oggetto di appello né di ricorso per cassazione.

L'opposizione a decreto ingiuntivo concesso in materia di controversie locatizie, come tale soggetta al rito speciale di cui all'art. 447-bis c.p.c., che sia erroneamente proposta con citazione, deve ritenersi tempestiva, se entro il termine di cui all'art. 641 c.p.c. avvenga l'iscrizione a ruolo mediante deposito in cancelleria dell'atto di citazione, non potendo, secondo **Sez. 6 - 3, n. 07071/2019, Positano, Rv. 653442 - 01**, trovare applicazione l'art. 4 del d.lgs. n. 150 del 2011, il quale concerne i giudizi di primo grado erroneamente introdotti in forme diverse da quelle prescritte da tale decreto legislativo e non anche i procedimenti di natura impugnatoria, come l'opposizione a decreto ingiuntivo.

Nell'ordinario giudizio di cognizione, che si instaura a seguito dell'opposizione a decreto ingiuntivo, l'opposto, rivestendo la posizione sostanziale di attore, non può avanzare domande diverse da quelle fatte valere con il ricorso monitorio, salvo il caso in cui, per effetto di una riconvenzionale formulata dall'opponente, egli si venga a trovare, a sua volta, nella posizione processuale di convenuto, al quale non può essere negato il diritto di difesa, rispetto alla nuova o più ampia pretesa della controparte, mediante la proposizione (eventuale) di una *reconventio reconventionis* che deve, però, dipendere dal titolo dedotto in causa o da quello che già appartiene alla stessa come mezzo di eccezione ovvero di domanda riconvenzionale (cfr. Sez. 1, n. 16564/2018, Nazzicone, Rv. 649670 - 01). Facendo applicazione di tale principio, **Sez. 2, n. 05415/2019, Bellini, Rv. 652929 - 02**, ha confermato la decisione di

appello che, in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, aveva dichiarato l'inammissibilità della *reconventio reconventionis* degli opposti poiché, concernendo il pagamento delle competenze spettanti al loro *de cuius* per incarichi diversi e ulteriori rispetto a quelli oggetto dell'originario ricorso da essi presentato, era priva di collegamenti con la domanda riconvenzionale dell'opponente, che riguardava il risarcimento dei danni per colpa professionale relativa, invece, ai contratti con riguardo ai quali era stata avanzata la richiesta monitoria (conf. Sez. 1, n. 16564/2018, Nazzicone, Rv. 649670 - 01).

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è ammesso il deposito dei documenti allegati al ricorso monitorio anche dopo lo spirare dei termini assegnati dal giudice per le produzioni documentali, atteso che tali documenti, ai sensi dell'art. 638, comma 3, c.p.c., restano a disposizione dell'ingiunto almeno fino alla scadenza del termine per proporre opposizione, sicché, essendo già esposti al contraddittorio delle parti, non possono essere qualificati come "nuovi" nei successivi sviluppi del processo. In questi termini si è espressa **Sez. 6 - 1, n. 20584/2019, Falabella, Rv. 654947 - 01**, in una fattispecie relativa alla produzione, dopo la scadenza del termine ex art. 183, comma 6, c.p.c., del fascicolo della fase monitoria con le copie delle scritture private disconosciute, nemmeno contestate quanto alla conformità agli originali, successivamente depositati.

Peraltro, come ribadito da **Sez. 6 - 3, n. 14473/2019, Scarano, Rv. 654222 - 01**, la *plena cognitio* caratterizzante il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo consente la produzione e la valutazione anche di nuove prove integranti con efficacia retroattiva quelle prodotte in sede monitoria, poiché, come visto, il giudice del merito non deve limitare la propria indagine al controllo circa la legittimità dell'ingiunzione con riferimento alle condizioni del relativo procedimento, ma procedere ad autonomo esame di tutti gli elementi forniti dal creditore per dimostrare la fondatezza della propria pretesa e dall'opponente per contestare la pretesa stessa (conf. Sez. 2, n. 03175/1974, Bologna, Rv. 371673 - 01).

Sez. 2, n. 19832/2019, Picaroni, Rv. 654973 - 01, ha confermato che, in sede di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di oneri condominiali, non opera il limite alla rilevabilità anche officiosa dell'invalidità della sottostante delibera, trattandosi di elemento costitutivo della domanda di pagamento (cfr. Sez. 2, n. 00305/2016, Rv. 638022 - 01, la quale ha, peraltro, condivisibilmente ristretto la mancata operatività del limite alla rilevabilità d'ufficio dell'invalidità delle sottostanti delibere alle sole ipotesi in cui si tratti di vizi implicanti la loro nullità).

La pronuncia si pone in consapevole contrasto con Sez. 2, n. 04672/2017, D'Ascola, Rv. 643364 - 01 (la quale, a sua volta, si era uniformata a Sez. U, n. 26629/2009, Bucciante, Rv. 610632 - 01), a mente della quale, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di contributi

condominiali, il giudice deve limitarsi a verificare la perdurante esistenza ed efficacia delle relative delibere assembleari, senza poter sindacare, in via incidentale, la loro validità, essendo tale sindacato riservato al giudice davanti al quale dette delibere sono state impugnate.

Era auspicabile che sulla questione fosse sollecitato un nuovo intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della S.C. In questo senso la Sezione Seconda civile, con ord. interlocutoria **n. 24476/2019, Scarpa**, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, tra l'altro, della questione, oggetto di contrasto, concernente il se, nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo emesso per la riscossione di oneri condominiali, il limite alla rilevabilità, anche d'ufficio, dell'invalidità delle sottostanti delibere debba, o meno, operare, allorché si tratti di vizi impicanti la loro nullità.

In tema di ingiunzione di pagamento europea ai sensi del Reg. CE n. 1896 del 2006, Sez. U, **n. 02840/2019**, Frasca, Rv. 652492 – 01, hanno statuito che, qualora l'ingiunzione emessa dal giudice italiano venga opposta dal debitore ingiunto a norma dell'art. 16 del Regolamento e il creditore abbia chiesto, prima dell'emissione dell'ingiunzione, che il processo, in caso di opposizione, prosegua secondo la disciplina della procedura civile ordinaria, l'individuazione di tale procedura, in relazione alla natura della situazione creditoria azionata con la domanda ingiuntiva, spetta non già al giudice, ma allo stesso creditore, che dovrà procedervi nel termine che il giudice dell'ingiunzione dovrà fissare all'atto della comunicazione al creditore della proposizione dell'opposizione, ai sensi dell'art. 17, par. 3, del Regolamento; l'inosservanza di tale termine determina, a norma del comma 3 dell'art. 307 c.p.c., l'estinzione del giudizio.

Sez. 6 - 2, n. 24658/2019, Fortunato, Rv. 655421 – 01, ha ribadito (conf. Sez. 6 - 3, n. 13942/2014, Frasca, Rv. 631727 - 01) che l'ordinanza con la quale, in pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, sia concessa o negata l'esecuzione provvisoria al provvedimento monitorio non è impugnabile con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., neppure nel caso in cui il giudice esamini questioni di merito per valutare il *fumus* del credito, trattandosi di statuizione avente natura anticipatoria della decisione, ma priva del carattere della definitività, i cui effetti sono destinati ad esaurirsi con la sentenza che pronuncia sull'opposizione.

5. L'opposizione tardiva a d.i.

Ai fini dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 650 c.p.c., la forza maggiore ed il caso fortuito si identificano, rispettivamente, in una forza esterna ostativa in modo assoluto ed in un fatto di carattere oggettivo avulso dall'umana volontà e causativo dell'evento per forza propria. In tal guisa ragionando,

Sez. 3, n. 17922/2019, Positano, Rv. 654440 – 01, ha escluso che dette circostanze possano essere invocate nell'ipotesi di mancata conoscenza del decreto determinata da assenza dalla propria residenza, configurandosi l'allontanamento come un fatto volontario ed essendo imputabile all'assente il mancato uso di cautele idonee a permettere la ricezione o almeno la conoscenza delle missive pervenutegli nel periodo di assenza (conf. Sez. 3, n. 25737/2008, D'Amico, Rv. 605329 - 01).

In argomento, merita di essere segnalata altresì **Sez. 3, n. 04529/2019, D'Arrigo, Rv. 652987 – 01**, secondo cui la notificazione del decreto ingiuntivo presso la precedente residenza anagrafica dell'ingiunto non è inesistente, bensì nulla, possedendo tale luogo un collegamento con il destinatario della stessa, sicchè quest'ultimo, ricorrendone i presupposti, potrà proporre opposizione tardiva al decreto ingiuntivo ex art. 650 c.p.c., la quale tuttavia non potrà fondarsi unicamente sulla deduzione del vizio di notificazione, venendo questo sanato dalla stessa proposizione dell'opposizione.

6. L'esecutorietà del d.i.

In tema di opposizione a precetto, quando il titolo esecutivo sia costituito da un decreto ingiuntivo, ai sensi dell'art. 654 c.p.c. non è necessaria una nuova notificazione del medesimo, essendo sufficiente che nel precetto si indichino le parti e la data della notifica dell'ingiunzione e si menzioni il provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e l'apposizione della formula esecutiva. In quest'ottica, Sez. 1, n. 04705/2018, Falabella, Rv. 647433 – 01, ha ritenuto valido il precetto su decreto ingiuntivo, in seno al quale era stata enunciata l'intervenuta estinzione del relativo giudizio di opposizione e indicata la data in cui sul medesimo era stata apposta la formula esecutiva.

Nell'espropriazione forzata minacciata ex art. 654 c.p.c. in virtù di decreto ingiuntivo esecutivo, la omessa menzione nell'atto di precetto del provvedimento di dichiarazione di esecutorietà del provvedimento monitorio comporta la nullità - deducibile con opposizione agli atti esecutivi - del precetto stesso, non potendo l'indicazione di tale provvedimento evincersi dalla menzione dell'apposizione della formula esecutiva. E così **Sez. 3, n. 24226/2019, Porreca, Rv. 655175 - 01**, ha ritenuto la nullità del precetto recante la menzione del numero, data e autorità del decreto ingiuntivo, della mancata opposizione e dell'apposizione della formula esecutiva, ma privo della indicazione del provvedimento di dichiarazione di esecutorietà.

Nel caso di sentenza di rigetto dell'opposizione proposta avverso il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ex art. 642 c.p.c., al fine di procedere

all'esecuzione non è, secondo **Sez. L, n. 31702/2019, Cavallaro, Rv. 655999 - 01**, necessario che al decreto sia conferita anche l'esecutorietà ai sensi dell'art. 654 c.p.c.

7. Il procedimento per convalida di sfratto.

Nel procedimento per convalida di (licenza o) sfratto, l'opposizione dell'intimato dà luogo alla trasformazione dello stesso in un processo di cognizione, destinato a svolgersi nelle forme di cui all'art. 447 bis c.p.c. Da ciò consegue, secondo **Sez. 6 - 3, n. 04771/2019, Vincenti, Rv. 653137 - 01**, che, essendo previsti specifici contenuti degli atti introduttivi del giudizio, il *thema decidendum* risulta cristallizzato solo in virtù della combinazione degli atti della fase sommaria e delle memorie integrative di cui all'art. 426 c.p.c., potendo, pertanto, l'originario intimante, in occasione di tale incombenza, non solo emendare le sue domande, ma anche modificarle, soprattutto se in evidente dipendenza dalle difese svolte da controparte (conf. Sez. 3, n. 12247/2013, De Stefano, Rv. 626372 - 01; la quale ha ritenuto ammissibile l'iniziativa dell'intimante che, richiesta, in origine, la convalida di sfratto e l'ingiunzione di pagamento dei canoni scaduti, di fronte all'eccezione di pagamento formulata dall'intimato, aveva addotto l'imputazione di quanto ricevuto ad una diversa *causa solvendi*, costituita da un ulteriore contratto di locazione, avente ad oggetto un locale contiguo a quello per il quale era stato intimato lo sfratto per morosità, operando così un ampliamento del *thema decidendum*, che aveva incluso una domanda di pagamento fondata su di una *causa petendi* concorrente e legata a quella originaria da ragioni di connessione soggettiva e, parzialmente, oggettiva).

Nel procedimento per convalida di sfratto, la questione di competenza, come ogni altra questione volta a contestare la domanda di merito, può ben essere sollevata già nell'udienza di comparizione, anche al fine di contrastare l'accoglimento dell'eventuale istanza finalizzata a conseguire l'ordinanza di rilascio. Tuttavia, ha ribadito **Sez. 6 - 3, n. 14476/2019, Iannello, Rv. 654306 - 02** (conf. Sez. 3, n. 04016/2008, Vittoria, Rv. 601899 - 01), il suo esame è compiuto in quella sede in funzione della sola decisione su tale domanda incidentale, sicché un'espressa decisione sulla questione di competenza non può essere qualificata come sentenza, dovendo detta questione essere comunque decisa nel conseguente giudizio a cognizione piena sulla domanda di merito.

8. La tutela cautelare.

La tutela cautelare dei diritti fatti valere, in un giudizio di condanna o di accertamento costitutivo, si può concretare in una misura di salvaguardia dell'effetto esecutivo che ne può derivare, volto a rendere possibile la soggezione del debitore alla sanzione esecutiva, ma tale tutela cautelare non può generare l'effetto

dichiarativo o la costituzione giudiziale di un diritto - effetto che certamente può derivare solo dalla sentenza - potendo risolversi nell'autorizzazione giudiziale a compiere atti di salvaguardia del diritto costituendo, che possono derivare da condanne accessorie alla statuizione di mero accertamento, o a quella costitutiva d'un determinato effetto giuridico. In applicazione di tale principio, **Sez. 1, n. 24939/2019, Caiazzo, Rv. 655620 - 01**, ha statuito che la pronuncia cautelare, nel caso della delibera di esclusione del socio, se considerata come avente natura anticipatoria, anticiperebbe proprio l'effetto inscindibilmente collegato con la pronuncia costitutiva di annullamento, consistente nel ripristino della posizione di socio, che rimarrebbe definitiva in caso di mancata instaurazione del giudizio di merito o di sua estinzione, laddove tale effetto può essere prodotto solo ed esclusivamente dal passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di annullamento della delibera di esclusione, potendo piuttosto la decisione cautelare assicurare soltanto un ripristino provvisorio del rapporto societario.

Per **Sez. 2, n. 12089/2019, Abete, Rv. 654076 - 01**, le dichiarazioni rese dagli informatori nella fase a cognizione sommaria del giudizio possessorio sono comunque idonee a fornire, in sede di decisione di merito, elementi indiziari liberamente valutabili dal giudice, cui lo stesso può validamente fare ricorso per la formazione del proprio convincimento.

9. Il reclamo contro i provvedimenti cautelari.

Il provvedimento emesso dal giudice monocratico, ai sensi dell'art. 669 *duodecies* c.p.c., per regolare l'attuazione delle misure cautelari è impugnabile mediante reclamo al collegio anche relativamente alla pronuncia sulle spese. Contro tale provvedimento, invece, secondo **Sez. 2, n. 10758/2019, Fortunato, Rv. 653804 - 01**, è inammissibile il ricorso per cassazione, essendo esso privo del carattere della decisorietà e, quindi, non idoneo al giudicato.

Molto attesa era la pronuncia con la quale **Sez. U, n. 19889/2019, De Stefano, Rv. 654839 - 01**, enunciando il principio ai sensi dell'art. 363, comma 1, c.p.c., hanno chiarito che il provvedimento con il quale il giudice dell'opposizione all'esecuzione, proposta prima che questa sia iniziata ed ai sensi del primo comma dell'art. 615 c.p.c., decide sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è impugnabile col rimedio del reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. al Collegio del tribunale cui appartiene il giudice monocratico - o nel cui circondario ha sede il giudice di pace - che ha emesso il provvedimento.

Sez. 6 - 2, n. 12229/2018, Orilia, Rv. 648537 - 01, ha ribadito che è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., avverso l'ordinanza resa in sede di reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c.,

ancorché affetta da inesistenza, nullità o abnormità, senza che ciò si ponga in contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., trattandosi di provvedimento inidoneo a incidere con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale e ininfluyente nel successivo giudizio di merito, o con l'art. 6 Cedu, essendo comunque garantita una duplice fase di tutela davanti a un'istanza nazionale.

Inserendosi nel solco nella pronuncia a Sezioni Unite in precedenza menzionata, **Sez. 3, n. 25411/2019, D'Arrigo, Rv. 655372 – 01**, ha, a sua volta, precisato che è inammissibile il ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza pronunciata in sede di reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c. avverso il provvedimento che decide sulla istanza di sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c., trattandosi di ordinanza priva del carattere della decisorietà per essere sempre in facoltà delle parti l'introduzione del giudizio di merito sull'opposizione esecutiva.

Per **Sez. 6 - 2, n. 06180/2019, Criscuolo, Rv. 652799 – 01** (in una fattispecie in cui era stato impugnato per cassazione un provvedimento che aveva respinto il reclamo contro un'ordinanza di rigetto di una richiesta di sequestro giudiziario in corso di causa, condannando, altresì, il soccombente a rifondere le spese) l'ordinanza di rigetto del reclamo cautelare non è ricorribile per cassazione, neppure in ordine alle sole spese, perché è un provvedimento inidoneo a divenire cosa giudicata, formale e sostanziale, conservando i caratteri della provvisorietà e non decisorietà. Pertanto, dopo la novella dell'art. 669 *septies* c.p.c. da parte della l. n. 69 del 2009, la contestazione delle spese - ove il soccombente abbia agito *ante causam* e non intenda iniziare il giudizio di merito - va effettuata in sede di opposizione al precetto ovvero all'esecuzione, se iniziata, trattandosi di giudizio a cognizione piena in cui la condanna alle spese può essere ridiscussa senza limiti, come se l'ordinanza sul reclamo fosse, sul punto, titolo esecutivo stragiudiziale; qualora, invece, il giudizio di merito sia instaurato, resta, comunque, sempre impregiudicato il potere del giudice di rivalutare, all'esito, la pronuncia sulle spese adottata nella fase cautelare, in conseguenza della strumentalità, mantenuta dalla l. n. 80 del 2005, tra tutela cautelare e merito.

10. Il sequestro giudiziario.

Se il custode è persona diversa dal detentore e l'azienda è composta da beni mobili ed immobili, l'attuazione del sequestro giudiziario è regolata dall'art. 677 c.p.c. e, pertanto, può compiersi con le formalità di cui agli artt. 605 c.p.c., per i mobili, e quelle di cui all'art. 608 c.p.c. per gli immobili. Relativamente a questi ultimi, in particolare, **Sez. 2, n. 22945/2019, Fortunato, Rv. 655227 - 01**, ha precisato che, tenuto conto delle modifiche apportate all'art. 608 c.p.c. dal d.l. n. 35 del 2005, al fine di impedire l'inefficacia della misura è sufficiente, per ragioni di

ordine sistematico, che il sequestrante consegna all'ufficiale giudiziario l'avviso ex art. 608, comma 1, c.p.c. entro il termine perentorio di trenta giorni dalla pronuncia, ai sensi dell'art. 675 c.p.c.

Per **Sez. 2, n. 16057/2019, Casadonte, Rv. 654228 – 01**, il custode di beni sottoposti a sequestro giudiziario, in quanto rappresentante di ufficio, nella sua qualità di ausiliario del giudice, di un patrimonio separato, costituente centro di imputazione di rapporti giuridici attivi e passivi, risponde direttamente degli atti compiuti in tale veste, anche se in esecuzione di provvedimenti del giudice ai sensi dell'art. 676 c.p.c., ed è pertanto legittimato a stare in giudizio, attivamente e passivamente, limitatamente alle azioni relative a tali rapporti, attinenti alla custodia ed amministrazione dei beni sequestrati. Il principio, a ben vedere, era già stato affermato in passato da Sez. I, n. 08483/2013, Rv. 625914 – 01.

11. Il sequestro liberatorio.

Sez. 3, n. 12727/2019, Scoditti, Rv. 653895 – 01, ha avuto modo di precisare che, poiché la funzione del sequestro liberatorio è quella di consentire al debitore di evitare la *mora debendi*, in attesa che la controversia nel merito venga risolta all'esito del giudizio, e non quella di garanzia tipica del sequestro conservativo, o quella, tipica del sequestro giudiziario, di determinare un temporaneo vincolo del bene oggetto di controversia, spetta al giudice che dispone il sequestro liberatorio stabilire le modalità concrete di attuazione del medesimo.

12. La consulenza tecnica preventiva.

Sez. 6 - 3, n. 14739/2019, Scoditti, Rv. 654224 – 01, ha ribadito (cfr. Sez. 3, n. 14187/2008, Frasca, Rv. 603772 – 01) che il provvedimento col quale il giudice affermi o neghi la propria competenza per territorio a provvedere sull'istanza di accertamento tecnico preventivo a fini conciliativi, proposta ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c., non ha alcuna efficacia preclusiva o vincolante nel successivo giudizio di merito, sicché esso non può essere impugnato col regolamento di competenza.

Viceversa, il mancato accoglimento dell'istanza è, per **Sez. 3, n. 23976/2019, Scrima, Rv. 655103 – 01**, reclamabile anche in relazione alla sola statuizione sulle spese processuali, ma non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., trattandosi di provvedimento privo, anche con riferimento alle disposizioni sulle spese, dei caratteri della definitività e della decisorietà.

In passato, Sez. 6 - 3, n. 12386/2018, Dell'Utri, Rv. 648719 – 01, aveva affermato che non costituisce sentenza, ai fini ed agli effetti di cui all'art. 111, comma 7, Cost., il provvedimento di rigetto dell'istanza di consulenza tecnica preventiva, in quanto esso non contiene alcun giudizio in merito ai fatti controversi, non

pregiudica il diritto alla prova (anche in considerazione dell'assenza del presupposto dell'urgenza, estraneo all'art. 696 bis c.p.c.), né tanto meno la possibilità della conciliazione.

13. I provvedimenti d'urgenza.

Sez. U, n. 06039/2019, Bruschetta, Rv. 652978 – 01, ha statuito che nel sistema processuale delineatosi, in tema di procedimenti cautelari, a seguito delle modifiche di cui all'art. 2, comma 3, lett. e bis, del d.l. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella l. n. 80 del 2005, (così come nel precedente) contro i provvedimenti urgenti anticipatori degli effetti della sentenza di merito, emessi *ante causam* ai sensi dell'art. 700 c.p.c., non è proponibile il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto tali provvedimenti sono privi di stabilità e inidonei al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito. Peraltro il ricorso proposto non può essere esaminato, benché il ricorrente lo richieda, neppure come ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c, essendo anch'esso inammissibile finché l'istante non abbia iniziato il giudizio di merito.

Il principio era già stato affermato in passato da Sez. U, n. 27187/2007, Forte, Rv. 600346 – 01, per le quali solo una volta che l'istante abbia iniziato il giudizio di merito sorge l'oggetto del procedimento, unitamente all'interesse concreto e attuale a conoscere il giudice dinanzi al quale lo stesso deve eventualmente proseguire.

14. I procedimenti possessori.

Il procedimento possessorio, nel regime successivo alle modifiche introdotte dalla l. n. 353 del 1990, ma anteriore alle innovazioni di cui al d.l. n. 35 del 2005, conv. con mod. dalla l. n. 80 del 2005, era strutturato in due fasi, entrambe rette dal ricorso ex art. 703 c.p.c.: la prima, a cognizione sommaria, limitata all'emanazione, con ordinanza reclamabile, dei provvedimenti interdittali ed alla fissazione, ai sensi dell'art. 183 c.p.c., di una udienza per la disamina del merito della pretesa possessoria e dell'eventuale richiesta di risarcimento del danno proposta con il suddetto ricorso; la seconda, invece, a cognizione piena, avente ad oggetto tale disamina, che si conclude(va) con sentenza soggetta alle impugnazioni ordinarie. In questo contesto è intervenuta **Sez. 2, n. 05154/2019, Dongiacomo. Rv. 652705 – 01**, secondo la quale la domanda di risarcimento del danno da lesione del possesso, ove non sia stata formulata, a pena di inammissibilità, nel ricorso introduttivo, può essere, comunque, ancora avanzata all'udienza di trattazione individuata con il provvedimento interinale, ma solo ove sia consequenziale alla domanda riconvenzionale o alle eccezioni del convenuto.

E' inammissibile il ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza sul reclamo nel procedimento possessorio a struttura eventualmente bifasica, delineata dall'art. 703 c.p.c. (Sez. 6 - 2, n. 01501/2018, F. Manna, Rv. 647381 – 01; conf. Sez. 6 - 3, n. 03629/2018, D'Arrigo, non massimata quanto a questo profilo).

Qualora il giudice abbia accolto l'istanza a tutela del possesso senza rimettere le parti dinanzi a sé per la trattazione della causa di merito, il provvedimento non è reclamabile, ma ha natura di sentenza impugnabile con l'appello. Tuttavia, ove il tribunale, invece di dichiarare inammissibile il reclamo proposto, lo esamini nel merito, tale provvedimento, avente natura di sentenza, è ricorribile per cassazione; in questa ipotesi, ha sostenuto Sez. 2, **n. 06030/2019**, Oliva, Rv. 652933 – 01, se il provvedimento gravato è firmato dal presidente e dal giudice incaricato di redigere la motivazione e sussistono le condizioni per la conversione del reclamo in appello, la Corte decide il ricorso, mentre, in caso contrario, deve dichiarare inammissibile il reclamo e cassare senza rinvio la decisione impugnata. Parzialmente difforme appare Sez. 2, n. 01387/2012, L. Matera, Rv. 621092 – 01, secondo cui, se il provvedimento impugnato è firmato dal solo presidente del tribunale, non indicato come relatore, la Corte deve dichiararne la nullità e rinviare il processo al tribunale (ora alla Corte d'appello, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51) per la pronuncia sull'appello, se il reclamo sia convertibile in tale mezzo di gravame.

Sez. U, n. 11220/2019, Genovese, Rv. 653603 – 01, ponendosi in consapevole contrasto con Sez. U, n. 00590/1999, Vittoria, Rv. 529410 – 01, ha stabilito che nel procedimento possessorio non è ammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione prima della conclusione della fase sommaria o interdittale, e della introduzione della fase di merito ai sensi dell'art. 703, comma 4, c.p.c., atteso che l'art. 41 c.p.c., nello stabilire che la richiesta alle Sezioni unite della Corte di cassazione può essere formulata "finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado", richiede, quale condizione per la proposizione del detto regolamento, che sia in corso l'esame di una causa nel merito in primo grado e che essa non sia stata ancora decisa. Di contrario avviso era il precedente menzionato, per il quale il regolamento di giurisdizione poteva, invece, essere chiesto nel procedimento possessorio anche prima della conclusione della fase sommaria; tuttavia la questione di giurisdizione che in tal modo si sottopone alle Sezioni Unite della Corte di cassazione non riguarda il potere del giudice di provvedere nell'ambito di tale fase sommaria, bensì quello di conoscere, nella fase di merito, del diritto dedotto in giudizio e pertanto la proposizione del ricorso per regolamento preventivo non sospende il dovere del giudice di pronunciare sulla domanda intesa ai provvedimenti interdittali.

Sez. 2, n. 02991/2019, Carrato, Rv. 652437 – 01, ha avuto l'occasione di precisare che, in caso di spoglio o turbativa del possesso, la reintegrazione o la

cessazione della turbativa, anche se intervenute, per iniziativa spontanea del soggetto attivo, prima che il giudice gliene abbia fatto ordine ai sensi dell'art. 703 c.p.c., non eliminano l'interesse del soggetto passivo ad ottenere una sentenza che, benché non possa contenere quell'ordine, ormai inutile, esamini la fondatezza nel merito dell'azione possessoria, sia ai fini del necessario regolamento delle spese sia per la valutazione dell'eventuale ed accessoria domanda risarcitoria, dovendosi considerare, altresì, che una pronuncia di cessazione della materia del contendere, oltre all'esecuzione spontanea della rimessione in pristino, deve implicare pure il riconoscimento da parte del convenuto della illegittimità del suo operato.

Per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 25 del 3 febbraio 1992, che ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 705 c.p.c., nella parte in cui subordina la proposizione del giudizio petitorio alla definizione della controversia possessoria ed alla esecuzione della relativa decisione anche quando da tale esecuzione possa derivare al convenuto pregiudizio irreparabile, il convenuto in giudizio possessorio può opporre le sue ragioni petitorie quando dalla esecuzione della decisione sulla domanda possessoria potrebbe derivargli un danno irreparabile, purché l'eccezione sia finalizzata solo al rigetto della domanda possessoria (e non anche ad una pronuncia sul diritto con efficacia di giudicato) e non implichi, quindi, una deroga delle ordinarie regole sulla competenza (Sez. 2, n. 16000/2018, Tedesco, Rv. 649226 – 01).

Sez. 2, n. 02988/2019, Carrato, Rv. 652435 – 01, ha altresì chiarito che, allorquando il convenuto in azione possessoria - per turbativa del possesso derivante dall'inosservanza della distanza legale rispetto ad una preesistente costruzione dell'attore - prospetti la legittimità del proprio operato come conseguenza delle modalità di esercizio del diritto di prevenzione da parte dell'attore stesso, è indispensabile, sia pure ai soli effetti possessori, accertare l'esistenza e i limiti di tale diritto, sicché non comporta violazione del divieto del cumulo del petitorio con il possessorio l'indagine del giudice su detta prevenzione, volta unicamente a stabilire l'estensione delle facoltà rispetto alle quali il possessore può ricevere tutela.

15. Il processo sommario di cognizione.

E' noto che le Sezioni Unite della S.C., nel dirimere il contrasto di vedute che era sorto all'interno della Corte, hanno enunciato due importanti principi cui in futuro occorrerà attenersi:

a) a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, la controversia di cui all'art. 28 della l. n. 794 del 1942, come sostituito dal d.lgs. cit., può essere introdotta:

a) con un ricorso ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c., che dà luogo ad un procedimento sommario "speciale" disciplinato dagli artt. 3, 4 e 14 del menzionato d.lgs.; oppure:
b) ai sensi degli artt. 633 segg. c.p.c., fermo restando che la successiva eventuale opposizione deve essere proposta ai sensi dell'art. 702 bis segg. c.p.c., integrato dalla sopraindicata disciplina speciale e con applicazione degli artt. 648, 649, 653 e 654 c.p.c. E', invece, esclusa la possibilità di introdurre l'azione sia con il rito ordinario di cognizione sia con quello del procedimento sommario ordinario codicistico disciplinato esclusivamente dagli artt. 702 bis e segg. c.p.c. Sez. U, n. 04485/2018, Frasca, Rv. 647316 – 01);

b) la controversia di cui all'art. 28 della l. n. 794 del 1942, introdotta sia ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c., sia in via monitoria, avente ad oggetto la domanda di condanna del cliente al pagamento delle spettanze giudiziali dell'avvocato, resta soggetta al rito di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011 anche quando il cliente sollevi contestazioni relative all'esistenza del rapporto o, in genere, all'*an debeatur*. Soltanto qualora il convenuto ampli l'oggetto del giudizio con la proposizione di una domanda (riconvenzionale, di compensazione o di accertamento pregiudiziale) non esorbitante dalla competenza del giudice adito ai sensi dell'art. 14 d.lgs. cit., la trattazione di quest'ultima dovrà avvenire, ove si presti ad un'istruttoria sommaria, con il rito sommario (congiuntamente a quella proposta ex art. 14 dal professionista) e, in caso contrario, con il rito ordinario a cognizione piena (ed eventualmente con un rito speciale a cognizione piena), previa separazione delle domande. Qualora la domanda introdotta dal cliente non appartenga, invece, alla competenza del giudice adito, troveranno applicazione gli artt. 34, 35 e 36 c.p.c., che eventualmente possono comportare lo spostamento della competenza sulla domanda, ai sensi dell'art. 14 (Sez. U, n. 04485/2018, Frasca, Rv. 647316 – 02).

In questo contesto si sono inserite, nel corso del 2019, alcune pronunce.

Sez. 2, n. 23259/2019, San Giorgio, Rv. 655247 - 01, ha ritenuto che l'effetto innovativo della disciplina introdotta dall'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011 non possa intendersi riferito esclusivamente al procedimento speciale camerale di cui agli artt. 28 e segg. della legge n. 749 del 1942, ma sia esteso a tutte le controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato, per le quali, a causa delle modifiche apportate dalla predetta norma, sia stato previsto un nuovo modello di procedimento sommario di cognizione, che prevede la decisione in composizione collegiale ed esclude il ricorso al giudizio ordinario di cognizione. Pertanto, è affetta da nullità la sentenza del tribunale che, in una causa introdotta con il rito sommario ex art. 702-bis c.p.c., previo mutamento del rito, da sommario ad ordinario, abbia deciso la causa in composizione monocratica.

Sulla scia di questa decisione **Sez. 6 - 2, n. 24754/2019, Cosentino, Rv. 655284 - 01**, la controversia ex art. 28 della l. n. 794 del 1942, avente ad oggetto la domanda di condanna del cliente al pagamento delle spettanze giudiziali dell'avvocato, è soggetta al rito di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011 e, ove devoluta al tribunale, va decisa in composizione collegiale. L'inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale costituisce un'autonoma causa di nullità della decisione, con conseguente conversione in motivo di impugnazione.

Secondo **Sez. 2, n. 12796/2019, Giannaccari, Rv. 653815 - 01**, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, la controversia per la liquidazione delle prestazioni professionali può essere introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo e la relativa opposizione va proposta con ricorso ex art. 702 bis c.p.c., così pure l'attività di costituzione dell'opposto. Nel caso in cui l'opposizione sia stata proposta con citazione, la congiunta applicazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 150 del 2011 prevede che il giudice debba disporre il mutamento del rito e, in tale evenienza, gli effetti sostanziali e processuali della domanda (ivi comprese le decadenze e le preclusioni maturate) si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento.

Sez. 2, n. 24069/2019, Abete, Rv. 655359 - 01, ha, a sua volta, affermato che l'opposizione ex art. 645 c.p.c. avverso l'ingiunzione ottenuta dall'avvocato nei confronti del proprio cliente ai fini del pagamento degli onorari e delle spese dovute, ai sensi del combinato disposto degli artt. 28 della legge n. 794 del 1942, 633 c.p.c. e 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, proposta con atto di citazione, anziché con ricorso ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. e dell'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, è da reputare utilmente esperita, qualora la citazione sia stata comunque notificata entro il termine di quaranta giorni - di cui all'art. 641 c.p.c. - dal dì della notificazione dell'ingiunzione di pagamento. In tale evenienza, ai sensi dell'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 150 del 2011, gli effetti sostanziali e processuali correlati alla proposizione dell'opposizione si producono alla stregua del rito tempestivamente attivato, ancorché erroneamente prescelto, per cui il giudice adito deve disporre, come detto, con ordinanza il mutamento del rito, ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2011.

In termini più generali, per **Sez. 1, n. 00210/2019, Campese, Rv. 652067 - 01**, nel caso in cui il ricorrente abbia introdotto il giudizio con le forme del rito sommario ordinario, ex art. 702 bis c.p.c., piuttosto che con quelle del rito speciale, di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, il provvedimento di primo grado deve essere impugnato con l'appello, ai sensi dell'art. 702 quater c.p.c., non potendo essere proposto ricorso per cassazione *per saltum* se non nel caso di accordo delle parti, e ciò in ragione del consolidato principio di ultrattività del rito che - quale specificazione del più generale principio per cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con

riguardo esclusivo alla qualificazione, anche implicita, dell'azione e del provvedimento compiuta dal giudice - trova fondamento nel fatto che il mutamento del rito con cui il processo è erroneamente iniziato compete esclusivamente al giudice.

E così **Sez. 6 - 2, n. 26347/2019, Fortunato, Rv. 655750 - 01**, ha ribadito (conf. Sez. 6 - 2, n. 04904/2018, Manna F., Rv. 648212 - 01) che, anche in seguito all'entrata in vigore dell'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, al fine di stabilire il regime di impugnazione del provvedimento con cui si liquidano gli onorari e le altre spettanze dovuti dal cliente al proprio difensore per prestazioni giudiziali civili, assume rilevanza la forma adottata dal giudice in base alla qualificazione che egli abbia dato, implicitamente o esplicitamente, all'azione esercitata in giudizio. In tal guisa argomentando, ha cassato con rinvio il provvedimento della corte d'appello, che aveva dichiarato inammissibile il gravame avverso l'ordinanza monocratica resa secondo le norme sul procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis e ss. c.p.c. e senza disporre alcun mutamento del rito.

Sez. 3, n. 18331/2019, Tatangelo, Rv. 654565 - 01, ha ritenuto che sulle domande introdotte con il rito sommario di cognizione, non rientranti tra quelle in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, ritenute dal giudice inammissibili in ragione di una rilevata "incompatibilità strutturale del rito sommario con l'oggetto della domanda", debba essere disposto il mutamento del rito ai sensi dell'art. 702 ter, comma 3, c.p.c. e non dichiarata l'inammissibilità della domanda ai sensi dell'art. 702 ter, comma 2, c.p.c.; con la conseguenza che l'eventuale decisione di inammissibilità, non rientrando tra le ipotesi per cui è espressamente prevista la non impugnabilità, è di norma appellabile ovvero, se adottata nelle diverse ipotesi in cui per legge è escluso il doppio grado di giudizio, come nel caso dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c., essa è direttamente ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., o comunque censurabile con lo specifico mezzo di impugnazione previsto.

Già in passato Sez. 6 - 2, n. 04904/2018, F. Manna, Rv. 648212 - 01, prima, e Sez. 2, n. 24515/2018, Giannaccari, Rv. 650653 - 01, poi, avevano sostenuto che, anche in seguito all'entrata in vigore dell'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, al fine di stabilire il regime di impugnazione del provvedimento con cui si liquidano gli onorari e le altre spettanze dovuti dal cliente al proprio difensore per prestazioni giudiziali civili, assume rilevanza la forma adottata dal giudice in base alla qualificazione che egli abbia dato, implicitamente o esplicitamente, all'azione esercitata dalla parte. Nel dare attuazione a tale principio, la prima pronuncia, ritenendo che il Tribunale avesse consapevolmente pronunciato ordinanza monocratica in applicazione delle norme sul procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 bis e ss. c.p.c., ha dichiarato inammissibile il ricorso.

In proposito **Sez. 3, n. 27591/2019, Fiecconi, Rv. 655571 - 01**, ha ricordato (Sez. 6 - 2, n. 23691/2011; Scalisi, Rv. 620018 - 01) che il procedimento sommario, previsto dagli artt. 702 bis e segg. c.p.c., è applicabile esclusivamente alle controversie di competenza del tribunale in composizione monocratica, con la conseguenza che in tutte le ipotesi in cui la competenza appartenga ad un diverso giudice (nella specie, il giudice di pace) non se ne può invocare l'applicazione.

Sempre con riferimento al regime impugnatorio, **Sez. 2, n. 24379/2019, Casadonte, Rv. 655255 - 01**, ha avuto cura di precisare che l'impugnazione dell'ordinanza ex art. 702 ter c.p.c., conclusiva del giudizio sommario, può essere proposta esclusivamente nella forma ordinaria dell'atto di citazione, non essendo espressamente prevista dalla legge l'adozione del rito sommario per il secondo grado di giudizio; pertanto, ove l'appello sia stato introdotto con ricorso, la sanatoria è ammissibile solo se l'atto sia stato non solo depositato nella cancelleria del giudice competente, ma anche notificato alla controparte nel termine perentorio di cui all'art. 325 c.p.c.

L'errato *nomen juris* di sentenza attribuito al provvedimento conclusivo di merito con cui viene accolta (o rigettata) una domanda proposta ai sensi degli artt. 702 bis e ss. c.p.c., all'esito di un giudizio interamente svolto secondo le regole del procedimento sommario di cognizione, senza che risulti una consapevole scelta del giudice di qualificare diversamente l'azione o di convertire il rito in ordinario, non comporta, secondo **Sez. 2, n. 30850/2019, Scarpa, Rv. 656192 - 01**, l'applicazione del termine d'impugnazione di sei mesi, previsto dall'art. 327 c.p.c., restando comunque l'appello soggetto al regime suo proprio di cui all'art. 702 quater c.p.c.

16. La separazione dei coniugi.

Sez. 6 - 1, n. 13569/2019, Lamorgese, Rv. 654300 - 01, ha ribadito che, ai fini dell'individuazione del tribunale territorialmente competente sulla domanda di separazione personale, l'art. 706, comma 1, c.p.c. impone, quale criterio principale di collegamento, l'ultima residenza comune dei coniugi, potendo trovare applicazione il criterio subordinato della residenza o del domicilio del convenuto solo nell'ipotesi in cui non vi sia mai stata convivenza (conf. Sez. 6 - 1, n. 04109/2017, Di Virgilio, Rv. 643981 - 01).

Ponendo fine definitivamente al rito cd. ambrosiano, **Sez. 1, n. 17590/2019, Scalia, Rv. 654460 - 01**, ha confermato che, in materia di separazione personale dei coniugi, la domanda di addebito della separazione può essere introdotta per la prima volta con la memoria integrativa di cui all'art. 709, comma 3, c.p.c., in ragione della natura bifasica del giudizio, per cui alla finalità conciliativa propria della fase innanzi al presidente del tribunale segue, nell'infruttuosità della prima, quella contenziosa

dinanzi al giudice istruttore, introdotta in applicazione di un sistema di norme processuali che mutua, per contenuti e scansioni, le forme del giudizio ordinario di cognizione, il tutto nell'ambito di una più ampia procedura segnata, nel passaggio tra la fase di conciliazione dei coniugi e quella contenziosa, da una progressiva formazione della *vocatio in ius*.

17. La modifica dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi.

La proposizione della domanda di modifica delle condizioni della separazione personale dei coniugi è ammissibile anche qualora risulti pendente il giudizio di divorzio, a meno che il giudice del divorzio non abbia adottato provvedimenti temporanei e urgenti nella fase presidenziale o istruttoria. In applicazione di tale principio, **Sez. 1, n. 27205/2019, Lamorgese, Rv. 655772 – 01**, ha cassato la decisione con la quale la Corte d'appello aveva dichiarato inammissibile la richiesta di modifica dell'assegno sol perché proposta nel corso del giudizio di divorzio, sebbene in questo giudizio non fosse stato adottato alcun provvedimento provvisorio in merito.

Con l'opposizione al precetto relativo a crediti maturati per il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento, determinato a favore del figlio in sede di separazione o di divorzio, possono essere dedotte soltanto questioni relative alla validità ed efficacia del titolo e non anche fatti sopravvenuti, da farsi valere col procedimento di modifica delle condizioni della separazione di cui all'art. 710 c.p.c. o del divorzio di cui all'art. 9 della legge n. 898 del 1970. Ribadendo tale principio, **Sez. 3, n. 17689/2019, De Stefano, Rv. 654560 – 01** (conf. Sez. 6 - 3, n. 20303/2014, Barreca, Rv. 632384 – 01), ha sottolineato che, nella specie, il fatto sopravvenuto costituito dalla collocazione del minore presso il padre non aveva privato il titolo esecutivo in materia di famiglia di efficacia e validità in quanto assistito da un'attitudine al giudicato, cd. *rebus sic stantibus*, riguardo alla quale i fatti sopravvenuti potevano rilevare soltanto attraverso la speciale procedura di revisione del provvedimento sul contributo del mantenimento del figlio, devoluta al giudice della separazione o del divorzio e a questi riservata a tutela del superiore interesse pubblicistico di composizione della crisi familiare, rilevante per l'ordine pubblico.

Sez. 1, n. 12018/2019, Tricomi, Rv. 653695 – 01, ha confermato (cfr. Sez. 1, n. 11218/2013, San Giorgio, Rv. 626261 – 01) che il decreto pronunciato dalla corte d'appello in sede di reclamo avverso il provvedimento del tribunale in materia di modifica delle condizioni della separazione personale concernenti l'affidamento dei figli ed il rapporto con essi, ovvero la revisione delle condizioni inerenti ai rapporti patrimoniali fra i coniugi ed il mantenimento della prole, ha carattere decisorio e definitivo ed è, pertanto, ricorribile in cassazione ai sensi dell'art.111 Cost.

18. I procedimenti in camera di consiglio.

Sez. 2, n. 08046/2019, Cosentino, Rv. 653405 – 01, ha affermato, in tema di sanzioni amministrative emesse dalla CONSOB, che le forme del rito camerale disciplinato dagli artt. 737 ss. c.p.c. consentono, nei procedimenti di natura contenziosa, il pieno dispiegamento del contraddittorio e dell'iniziativa istruttoria delle parti anche quando difetti la celebrazione di una udienza. Sez. 1, n. 17717/2018, M. Di Marzio, Rv. 649521 – 02, aveva già reputato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, dell'art. 35 bis, comma 1, del d.lgs. n. 25 del 2008 (in tema di revoca o di cessazione dello *status* di rifugiato o di persona cui è accordata la protezione sussidiaria), poiché il rito camerale ex art. 737 c.p.c., che è previsto anche per la trattazione di controversie in materia di diritti e di *status*, è idoneo a garantire il contraddittorio anche nel caso in cui non sia disposta l'udienza, sia perché tale eventualità è limitata solo alle ipotesi in cui, in ragione dell'attività istruttoria precedentemente svolta, essa appaia superflua, sia perché in tale caso le parti sono comunque garantite dal diritto di depositare difese scritte.

Nel solco di tale impostazione si è inserita **Sez. 1, n. 27076/2019, Valitutti, Rv. 655768 - 01**, sostenendo che, in tema di immigrazione, ai sensi dell'art. 15 della Direttiva n. 115/2008/CE (norma *self-executing* direttamente applicabile nell'ordinamento interno), lo straniero destinatario del provvedimento di espulsione, nei cui confronti sia prorogata la misura del trattenimento presso un Centro di Identificazione e di Espulsione (CIE), ha diritto al riesame del provvedimento di proroga, da effettuarsi, in mancanza di espressa disciplina e tenuto conto dell'esigenza di celerità della decisione, nelle forme del rito camerale ex art. 737 c.p.c., già previsto per la trattazione di controversie in materia di diritti o di *status* e idoneo a garantire il contraddittorio, anche nei casi in cui non venga fissata l'udienza, per le medesime ragioni esposte in precedenza.

Quanto all'attività istruttoria espletabile, ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 738 del codice di procedura civile (secondo cui il giudice può assumere informazioni), il giudice, senza che sia necessario il ricorso alle fonti di prova disciplinate dal codice di rito, risulta di fatto svincolato dalle iniziative istruttorie delle parti e procede con i più ampi poteri inquisitori, i quali si estrinsecano attraverso l'assunzione di informazioni che, espressamente consentita dalla menzionata disposizione, non resta subordinata all'istanza di parte. Tale potere consiste in una facoltà e non in un obbligo, nel senso che il suo mancato esercizio non integra un vizio del contraddittorio, ove il quadro degli elementi istruttori sia raccolto *aliunde*. Esso, peraltro, si traduce in un obbligo quando il quadro probatorio, ove ritenuto insufficiente, possa essere colmato proprio richiedendo una

integrazione documentale. L'esercizio del potere officioso, una volta che la parte abbia - in ossequio al principio dispositivo - allegato specificamente i fatti posti a base della azionata titolarità di un diritto fondamentale della persona, da ricondurre nell'alveo dei diritti umani per espressa qualificazione della Corte di Strasburgo, non può essere eluso ove la integrazione si ritenga necessaria per decidere, mentre rientra pienamente nel potere discrezionale del giudice non procedere a tale integrazione, ove abbia elementi per decidere sia in ordine al rigetto che all'accoglimento della domanda.

Un'applicazione pratica del riportato principio è stata operata da **Sez. 1, n. 15714/2019, M. Di Marzio, Rv. 654425 – 02**, la quale, in tema di sottrazione internazionale di minori, ha precisato che, nel giudizio dinanzi al Tribunale per i minorenni, di cui all'art. 7 della legge n. 64 del 1994, il P.M. ha l'onere di provare l'esistenza del diritto di affidamento in capo al ricorrente e il fatto della sottrazione del minore, mentre l'allegazione e la prova dei fatti impeditivi del rientro grava in linea generale, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, sul soggetto che si oppone ad esso, fermi restando, tuttavia, i poteri di indagine officiosa del Tribunale, ai sensi dell'art. 738, comma 3, c.p.c., in particolare quanto alla verifica dei fatti impeditivi, senza che esso sia vincolato alle decisioni del giudice dello Stato di residenza del minore, né sussistendo alcuna limitazione delle fonti di prova, ivi compresa la c.t.u., e potendo il Tribunale decidere sulla base di semplici "informazioni", giustificandosi tale connotazione officiosa del procedimento con l'esigenza di tutela del minore da trasferimenti illeciti, scopo ultimo della Convenzione.

Avuto riguardo alla revocabilità dei provvedimenti, **Sez. 6 - 2, n. 07623/2019, Scarpa, Rv. 653375 – 01**, in tema di condominio di edifici, ha evidenziato che il decreto con il quale la corte di appello provvede sul reclamo in ordine alla domanda di revoca dell'amministratore non è ricorribile in cassazione ex art. 111 Cost., perché privo dei caratteri di definitività e decisorietà; ai sensi dell'art. 742 c.p.c., tuttavia, può essere revocato o modificato dalla stessa corte di appello per preesistenti vizi di legittimità o per un ripensamento sulle ragioni che indussero ad adottarlo, mentre resta attribuita al tribunale, quale giudice di primo grado, la competenza a disporre la revisione sulla base di fatti sopravvenuti.

19. Lo scioglimento di comunioni.

Il giudizio di divisione si compone di una fase dichiarativa, avente ad oggetto l'accertamento della comunione e del relativo diritto potestativo di chiederne lo scioglimento, e di una esecutiva, volta a trasformare in porzioni fisicamente individuate le quote ideali di proprietà sul bene comune.

Il giudizio di scioglimento di comunioni non è del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale, intraprendendo i singoli condividenti le loro strategie difensive anche all'esito delle richieste e dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione ed acquisendo rilievo gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, che modifichino il numero e l'entità delle quote. Da tale premessa **Sez. 2, n. 15926/2019, Giannaccari, Rv. 654335 – 01**, ha tratto la conseguenza che le parti del giudizio divisorio hanno il diritto di modificare, anche in sede di appello (nella specie, all'udienza di precisazione delle conclusioni), le proprie conclusioni e richiedere per la prima volta l'attribuzione, per intero o congiunta, del compendio immobiliare, integrando tale istanza una mera modalità di attuazione della divisione.

Già in passato si era espressa negli stessi sostanziali termini **Sez. 2, n. 09367/2013, Mazzacane, Rv. 625724 – 01**.

CAPITOLO XX

L'ARBITRATO

(DI FABIO ANTEZZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Convenzione d'arbitrato: interpretazione (estensiva), operatività (anche circa controversie antecedenti), *potestas iudicandi* e suoi limiti. – 3. La natura rituale o irrituale dell'arbitrato nell'interpretazione della convenzione. – 4. Arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale. – 5. Arbitrato ed appalto di opere pubbliche: la preventiva autorizzazione amministrativa quale clausola di efficacia; arbitrato c.d. amministrato di lavori pubblici e disciplina transitoria. – 6. L'“arbitrato societario”: recesso del socio ed arbitrato rituale, di diritto comune o endosocietario. – 7. L'impugnazione delle deliberazioni di riduzione e di aumento del capitale sociale. – 8. La clausola arbitrale e la scissione societaria. – 9. Composizione del collegio arbitrale: nomina dell'arbitro da giudice territorialmente incompetente. – 10. Il compenso degli arbitri. – 11. Procedimento e principio del contraddittorio. – 12. Nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia: dall'arresto delle Sez. U del 2016 a quello delle Sez. U del 2019 sul “*prospective overruling*”. – 13. La nullità per errori di diritto nell'arbitrato societario: disciplina transitoria e controversie compromettibili ma non inerenti la validità di deliberazioni assembleari. – 14. Natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale e disciplina del giudizio impugnatorio: l'applicabilità di istituti e regole del processo ordinario di cognizione in appello. – 15. L'impugnazione del lodo arbitrale rituale ed il termine breve di cui all'art. 828 c.p.c. – 16. L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale: limiti, notificazione e termine breve. – 17. Rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria: eccezione di compromesso e regolamento di competenza; eccezione d'incompetenza; ammissibilità del conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal G.A. – 18. L'arbitrato internazionale e l'accertamento della sua natura ante novella del 2006.

1. Premessa.

Nel corso del 2019, anche argomentando dalla natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario propria degli arbitri rituali, sono state emesse dalla S.C. numerose decisioni in ordine all'interpretazione del patto compromissorio ed alla relativa portata, alla validità della convenzione di arbitrato ed al c.d. “arbitrato societario”, con particolare riferimento agli effetti della “scissione societaria” ed all'impugnazione delle delibere di riduzione e di aumento del capitale sociale.

Sono stati altresì diversi i principi sanciti e confermati in merito ai rapporti con l'appalto di opere pubbliche, con l'autorità giudiziaria ordinaria, con il G.A. nonché in tema di procedimento arbitrale, di impugnabilità del lodo per errori di diritto (e del *prospective overruling*), di composizione del collegio arbitrale e di compenso degli arbitri.

2. Convenzione d'arbitrato: interpretazione (estensiva), operatività (anche circa controversie antecedenti), *potestas iudicandi* e suoi limiti.

L'art. 808 *quater* c.p.c., in materia di interpretazione della convenzione d'arbitrato, dispone che, nel dubbio, essa debba essere interpretata nel senso che la

competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce.

In merito, **Sez. 1, n. 03795/2019, Lamorgese, Rv. 652416-01**, ha ribadito che la clausola compromissoria, in mancanza di espressa volontà contraria, deve essere interpretata nel senso di ascrivere agli arbitri tutte le controversie (civili o commerciali) attinenti a diritti disponibili nascenti dal contratto cui essa accede, quindi inerenti pretese aventi *causa petendi* in esso, sicché, anche quelle (controversie) riferibili al periodo antecedente alla stipulazione della convenzione d'arbitrato. La fattispecie era caratterizzata da clausola rimettente alla decisione degli arbitri “tutte le questioni che potessero sorgere durante la concessione o successivamente sulla validità, interpretazione ed esecuzione” della stessa convenzione e la Suprema Corte ha chiarito che, correttamente, l'interpretazione della clausola compromissoria da parte del Giudice dell'impugnazione del lodo non fosse stata soggetta alle restrizioni vevoli per le interpretazioni delle altre clausole contrattuali, trattandosi di circoscrivere la stessa *potestas indicandi* degli arbitri.

Il citato art. 808 *quater* c.p.c., inerente l'interpretazione estensiva della clausola compromissoria, introdotto dall'art. 20 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ed applicabile alle convenzioni d'arbitrato stipulate dopo il 2 marzo 2006 (ex art. 27, comma 3, del medesimo d.lgs.), non ha difatti carattere innovativo, essendosi limitato a recepire il diritto vivente scaturente da un orientamento di legittimità già diffuso al momento della sua emanazione, secondo il quale ogni possibile controversia che trovi la propria origine in pretese aventi causa in un determinato contratto cui abbia acceduto la clausola compromissoria, in mancanza di espressa volontà contraria, ricade nell'ambito di operatività della convenzione d'arbitrato (Sez. 1, n. 03795/2019, *cit.*).

Per il detto diritto vivente innanzi richiamato si vedano, in particolare, Sez. 1, n. 28485/2005, Cultrera, Rv. 586284-01, che ha ritenuto rientrante nella clausola compromissoria la controversia relativa all'annullamento del contratto, e, sostanzialmente negli stessi termini, Sez. 1, n. 13531/2011, Falaschi, Rv. 618318-01. Per essa il collegio arbitrale, al quale con una clausola compromissoria siano state deferite le controversie in materia di interpretazione o di applicazione del contratto, è competente a decidere anche in materia di inadempimento o di risoluzione del contratto stesso, poiché in assenza di espressa volontà contraria, il patto deve essere interpretato in senso lato, con riferimento a tutte le controversie relative a pretese aventi causa nel contratto (si vedano altresì, sempre per il citato diritto vivente, Sez. 1, n. 01496/2001, Ferro, Rv. 543598-01, e Sez. 2, n. 01559/1997, Spagna Musso, Rv. 502569-01).

Rientra altresì nella *potestas indicandi* degli arbitri l'accertamento del carattere simulato del contratto sul quale si fonda la pretesa fatta valere, in quanto la loro

cognizione si estende, salvo eventuali ben precisi limiti legali, a qualsiasi aspetto della vicenda che risulti rilevante per stabilire se ed in quale misura il diritto fatto valere da una parte sia fondato, costituendo, il detto accertamento, presupposto logico indispensabile perché l'arbitro possa pronunciarsi sull'oggetto della domanda.

In questi termini ha deciso **Sez. 3, n. 14884/2019, Iannello, Rv. 653928-01**, così come sul punto statuì Sez. 1, n. 03167/1957, Iannuzzi, Rv. 880596-01, per la quale quando le parti hanno voluto riservare al giudizio arbitrale le questioni relative all'interpretazione del contratto tra queste debbono ritenersi comprese anche quelle relative all'accertamento della simulazione, assoluta o relative, del negozio.

Le dette pronunce del 2019, come anticipato, ampliano il solco tracciato dalla S.C. la quale aveva già precisato che, in tema di arbitrato, l'indisponibilità del diritto costituisce il limite al ricorso alla clausola compromissoria e non va confusa con l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico. Quest'ultima, difatti, non impedisce la compromissione in arbitrato, con il quale si potrà accertare la violazione della norma imperativa senza determinare con il lodo effetti vietati dalla legge (Sez. 6-1, n. 09344/2018, Di Marzio M., Rv. 648575-01).

In virtù del principio di autonomia della clausola compromissoria ad essa non si estendono le cause di invalidità del negozio sottostante, che, quindi, non travolgono, per trascinamento, la clausola ivi contenuta restando riservato agli arbitri l'accertamento dell'eventuale dedotta invalidità (Sez. 2, n. 25024/2013, Giusti, Rv. 628710-01). Quanto innanzi non implica però che la clausola arbitrale possa conservare la propria efficacia anche nell'ipotesi di inesistenza dell'accordo al quale afferisce, ancorché derivante da fattori sopravvenuti (Sez. 1, n. 17711/2014, De Marzo G., Rv. 632468-01).

Il principio di autonomia non trova però applicazione nelle ipotesi in cui le cause di invalidità siano esterne al negozio e comuni ad esso ed alla clausola.

Così argomentando, la S.C. ha ritenuto che l'invalidità dell'atto di aggiudicazione dell'appalto di un servizio pubblico determinasse anche l'invalidità della clausola arbitrale, in quanto, nella specie, tale da escludere la legittima stipulazione del contratto con l'apparente aggiudicatario e, perciò, la possibilità dell'inserimento della clausola stessa (Sez. 1, n. 02529/2005, Ceccherini, Rv. 582336-01).

Tra gli approdi di cui innanzi si è inserita Sez. 2, n. 03854/2018, Cosentino, Rv. 647807-01, per la quale il principio di autonomia non opera nel caso di difetto di potere rappresentativo, il quale costituisce una causa esterna di inefficacia del contratto (sottostante) che, pertanto, si estende alla clausola compromissoria ivi contenuta. Nella specie la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva ritenuto efficace nei confronti di una società una clausola arbitrale contenuta in un atto sottoscritto da un *falsus procurator*, senza accertare se questo, o anche la sola clausola, avessero formato oggetto di ratifica.

Il *favor* per la competenza arbitrale contenuto nella disposizione di cui all'art. 808 *quater* c.p.c. si riferisce però ai soli casi in cui il dubbio interpretativo verta sulla “quantificazione” della materia devoluta agli arbitri dalla relativa convenzione e non anche sulla stessa scelta arbitrale compiuta dalle parti.

In applicazione del principio, Sez. 2, n. 22490/2018, Besso Marcheis, Rv. 650368-01, ha ritenuto che la clausola contrattuale, pur facendo richiamo al collegio arbitrale per “ogni e qualsiasi controversia”, avesse anche stabilito che restava inteso il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria “necessariamente”, rendendo così incerta la volontà delle parti sulla stessa scelta della compromissione in arbitri e non consentendo perciò l'applicazione dell'art. 808 *quater* c.p.c.

La clausola compromissoria riferita genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui essa inerisce va interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte e solo le controversie aventi *causa petendi* nel contratto medesimo, con esclusione di quelle che hanno, in esso, unicamente un presupposto storico.

In applicazione del principio la S.C. ha escluso che una clausola compromissoria di tal fatta, contenuta in un contratto di appalto, potesse operare con riferimento ad azione di responsabilità extracontrattuale, ex art. 1669 c.c., proposta mediante la deduzione di gravi difetti dell'immobile acquistato (Sez. 6-3, n. 04035/2017, Tatangelo, Rv. 642841-01; in senso conforme si veda anche Sez. 2, n. 01674/2012, Giusti, Rv. 621383-01).

Parimenti, Sez. 6-1, n. 20673/2016, De Chiara, Rv. 641867-01, ha escluso l'operatività della clausola compromissoria (genericamente riferentesi alle controversie nascenti dal contratto cui essa inerisce) nel caso di *causa petendi* avente titolo extracontrattuale ai sensi dell'art. 2598 c.c. nonché dell'art. 1337 c.c.

Nel medesimo filone rientra anche Sez. 1, n. 23675/2013, Salvago, Rv. 627976-01. Per essa la clausola compromissoria concernente le controversie relative alla risoluzione di un contratto ricomprende nel suo ambito di applicazione la domanda di risarcimento del danno derivante da lesione del diritto all'immagine allorquando un siffatto pregiudizio sia ricollegabile non già alla violazione di doveri, con condotta perseguibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., che incombono verso la generalità dei cittadini, bensì all'inadempimento di precise obbligazioni assunte con il predetto contratto, e sia, quindi, conseguente alla invocata responsabilità contrattuale.

Parimenti, la portata della convenzione arbitrale che contenga l'indicazione delle liti da devolvere ad arbitri con riferimento a determinate fattispecie astratte, quali ad esempio, l'“interpretazione” e “l'esecuzione” del contratto, va ricostruita, ex art. 1362 c.c., sulla base della comune volontà dei compromettenti, senza limitarsi al senso letterale della parole.

Sicché, come ha statuito Sez. 6-3, n. 26553/2018, Positano, Rv. 650890-02, quando la clausola contenga il riferimento a definizioni giuridiche, come sintesi del possibile oggetto delle future vertenze, esse non assumono lo scopo di circoscrivere il contenuto della convenzione arbitrale, in quanto un'interpretazione restrittiva della clausola comporterebbe la necessità di sottoporre a due diversi organi (arbitro e giudice ordinario) la decisione di questioni strettamente collegate tra loro con una dilatazione dei tempi di giudizio.

In applicazione del principio la citata ordinanza ha ritenuto che con clausola compromissoria riferentesi alle controversie scaturenti dall'“interpretazione ed esecuzione del contratto” le parti avessero inteso deferire alla competenza degli arbitri tutte le controversie aventi *causa petendi* in quell'accordo, compresa la domanda di nullità del contratto in quanto tendente a paralizzare l'attuazione di un programma negoziale nonché presupposto implicito di una controversia avente ad oggetto l'esecuzione del contratto.

Ulteriore tassello interpretativo è stato già aggiunto anche da Sez. 3, n. 07891/2018, D'Arrigo, Rv. 648308-01.

Per essa, in particolare, la clausola compromissoria riferita genericamente a qualsiasi controversia nascente da un determinato rapporto giuridico cui essa inerisce può essere interpretata – con giudizio riservato al giudice di merito – nel senso che rientrano nella competenza arbitrale anche le opposizioni all'esecuzione forzata, salvo che si controverta di diritti indisponibili. Viceversa, non sono compromettibili in arbitri le opposizioni agli atti esecutivi, in quanto la verifica dell'osservanza di regole processuali d'ordine pubblico riguarda diritti di cui le parti non possono mai liberamente disporre.

3. La natura rituale o irrituale dell'arbitrato nell'interpretazione della convenzione.

Da quanto evidenziato in precedenza, emerge l'importanza e la necessità dell'interpretazione della convenzione che rileva anche per determinare se si verta in tema di arbitrato rituale o irrituale.

A tale ultimo fine occorre interpretare la clausola compromissoria alla stregua dei normali canoni ermeneutici ricavabili dall'art. 1362 c.c. e, dunque, fare riferimento al dato letterale, alla comune intenzione delle parti ed al comportamento complessivo delle stesse, anche successivo alla conclusione del contratto.

Sicché, il mancato richiamo nella clausola alle formalità dell'arbitrato rituale non depone univocamente nel senso dell'irritualità, né può essere invocato il criterio, residuale, della natura eccezionale dell'arbitrato rituale, dovendosi tenere conto delle maggiori garanzie offerte da tale forma di arbitrato quanto all'efficacia esecutiva del

lodo, al regime delle impugnazioni ed alle possibilità per il giudice di concedere la sospensiva (in questi termini già Sez. 1, n. 26135/2013, Di Virgilio, Rv. 628965-01).

Sez. 1, n. 21059/2019, Lamorgese, Rv. 655293-01, in applicazione del medesimo principio, ha cassato la sentenza impugnata ritenendo che non potessero essere interpretate, con sicurezza, come espressive della volontà delle parti di pattuire che la decisione sarebbe stata assunta dagli arbitri nelle forme dell'arbitrato irrituale determinate espressioni presenti nella clausola compromissoria ed in particolare: “giudizio arbitrale”; “giudizio inappellabile” e decisione da assumere “senza formalità di rito e secondo equità”.

Parimenti, Sez. 2, n. 11313/2018, Oricchio, Rv. 648179-01, in applicazione del principio, ha cassato la sentenza impugnata che aveva desunto la natura irrituale del lodo dal tenore di parte della clausola arbitrale, a mente della quale la decisione del collegio arbitrale sarebbe stata “inappellabile e vincolante per le parti”, senza valutare altre espressioni, invece coerenti con una qualificazione del lodo come arbitrato rituale (quali, “giudicheranno secondo norme di diritto” e “spese del giudizio”), né la circostanza che, nel corso del procedimento, il collegio arbitrale avesse precisato trattarsi di arbitrato rituale e le parti avessero aderito a tale determinazione.

Circa la portata della clausola compromissoria devolutiva della controversia ad un arbitrato irrituale stipulata fino alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006 – alla quale non sono applicabili gli artt. 808 *quater* (sull'interpretazione della convenzione di arbitrato) e 808 *ter* (sull'arbitrato irrituale) c.p.c., introdotti da detto decreto – deve essere interpretata, in mancanza di volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale tutte le controversie che si riferiscono a pretese aventi la *causa petendi* nel contratto cui la clausola si riferisce, con esclusione, quindi, di quelle che nello stesso contratto hanno unicamente un presupposto storico.

Sez. 3, n. 28011/2019, Olivieri, Rv. 655642-01, in applicazione del detto principio ha cassato la sentenza impugnata per l'esclusione dall'applicazione della clausola compromissoria riferita ad un contratto di affitto di azienda delle controversie relative alla liquidazione della quota di partecipazione nella società di capitali che aveva affittato l'azienda ed alla restituzione di somme date a mutuo alla stessa società, trovando le stesse nel contratto di affitto un mero antefatto.

4. Arbitrato, arbitraggio e perizia contrattuale.

Con la clausola di arbitraggio, inserita in un negozio incompleto in uno dei suoi elementi, le parti demandano ad un terzo arbitratore la determinazione della prestazione, impegnandosi ad accettarla. Il terzo arbitratore, a meno che le parti si siano affidate al suo “mero arbitrio”, deve procedere con equo apprezzamento alla

determinazione della prestazione, adottando cioè un criterio di valutazione ispirato all'equità contrattuale, che in questo caso svolge una funzione di ricerca in via preventiva dell'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte e di perequazione degli interessi economici in gioco.

Pertanto l'equo apprezzamento si risolve in valutazioni che, pur ammettendo un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obbiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive, in quanto tali suscettibili di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione nel caso in cui la determinazione dell'arbitro sia viziata da iniquità o erroneità manifesta. Ciò si verifica quando sia ravvisabile una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l'attività dell'arbitratore.

Costituisce fonte di integrazione contrattuale anche la perizia contrattuale. Essa ricorre quando le parti deferiscono ad uno o più soggetti, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un accertamento tecnico che esse preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale. La perizia contrattuale si distingue però dall'arbitraggio perché l'arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico, secondo un criterio di equità mercantile, ma deve attenersi a norme tecniche ed ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere.

La distinzione nei termini di cui innanzi è propria di Sez. 3, n. 13954/2005, Preden, Rv. 582573-01, la quale ne ha fatto conseguire, peraltro, l'esclusione, nel caso di perizia contrattuale, della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito.

Si ha invece arbitrato irrituale quando le parti conferiscono all'arbitro il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o che possano insorgere tra loro in ordine a determinati rapporti giuridici mediante una composizione amichevole riconducibile alla loro volontà. Per converso, si ha perizia contrattuale quando le parti devolvono al terzo, scelto per la particolare competenza tecnica, non la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva. L'inquadramento del mandato conferito agli arbitri nell'una o nell'altra fattispecie non incide sul regime impugnatorio delle relative decisioni, restando nell'un caso e nell'altro la decisione degli arbitri sottratta

all'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 828 c.p.c. (Sez. 1, n. 10705/2007, Luccioli, Rv. 596994-01).

Sicché, circa i rapporti con il giudizio di legittimità, come ribadito da **Sez. 1, n. 07198/2019, Campese, Rv. 653224-01**, al fine di qualificare l'arbitrato come rituale o irrituale, la Corte di cassazione opera come giudice del fatto ed ha, dunque, il potere di accertare direttamente, attraverso l'esame degli atti e degli elementi acquisiti al processo, la volontà delle parti espressa nella clausola compromissoria, in quanto la relativa qualificazione incide sull'ammissibilità dell'impugnazione della decisione arbitrale.

Nell'esercizio di tale attività di accertamento, peraltro, il criterio discrezionale tra le due figure consiste nel fatto che nell'arbitrato rituale le parti vogliono la pronuncia di un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con le regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di controversie solo attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla loro stessa volontà.

In questi ultimi termini ha statuito la citata **Sez. 1, n. 07198/2019**, oltre che la precedente Sez. 1, n. 24558/2015, De Marzo G., Rv. 637984-01, per la quale ne consegue che ha natura di arbitrato irrituale quello previsto da una clausola compromissoria che enunci l'impegno delle parti di considerare il carattere definitivo e vincolante del lodo, al pari del negozio concluso e quindi come espressione della propria personale volontà. Per converso restano di contro irrilevanti sia la previsione della vincolatività della decisione, anche se firmata solo dalla maggioranza degli arbitri (dato che pure l'arbitrato libero ammette tale modalità), sia la previsione di una decisione secondo diritto, senza il rispetto delle forme del codice di rito, ma nel rispetto del contraddittorio, attesa la sua compatibilità con l'arbitrato libero e il necessario rispetto anche in quest'ultimo del principio del contraddittorio, in ragione dello stretto collegamento tra l'art. 101 c.p.c. e gli artt. 2, 3 e 24 Cost. ed in linea con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Nel sintetizzato solco interpretativo si era già inserita Sez. 3, n. 28511/2018, Gianniti, Rv. 651576-01.

Per essa, infatti, nel caso in cui le parti di un contratto di assicurazione affidino ad un terzo l'incarico di esprimere una valutazione tecnica sull'entità delle conseguenze di un evento, al quale è collegata l'erogazione dell'indennizzo, impegnandosi a considerare tale valutazione come reciprocamente vincolante ed escludendo dai poteri del terzo la soluzione delle questioni attinenti alla validità ed efficacia della garanzia assicurativa, il relativo patto esula sia dall'arbitraggio che dall'arbitrato (rituale od irrituale) ed integra piuttosto una perizia contrattuale.

Nella fattispecie di cui innanzi, infatti, viene negozialmente conferito al terzo non già il compito di definire le contestazioni insorte o che possono insorgere tra le parti in ordine al rapporto giuridico ma la semplice formulazione di un apprezzamento tecnico che esse si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva. Ne consegue la non applicabilità delle norme relative all'arbitrato, restando impugnabile la perizia contrattuale per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale (errore, dolo, violenza, incapacità delle parti).

5. Arbitrato ed appalto di opere pubbliche: la preventiva autorizzazione amministrativa quale clausola di efficacia; arbitrato c.d. amministrato di lavori pubblici e disciplina transitoria.

La preventiva autorizzazione amministrativa dell'arbitrato, prevista dall'art. 1, comma 25, della l. 6 novembre 2012, n. 190 per gli appalti pubblici conclusi prima dell'entrata in vigore della legge (28 novembre 2012), costituisce una clausola di efficacia che non può identificarsi con la delibera mediante la quale sia stato approvato il contratto contenente la clausola compromissoria, dovendo essa rinvenirsi in atti con i quali la P.A. abbia manifestato, con riferimento ad una controversia specificamente individuata, la volontà di avvalersi della clausola arbitrale.

Nei termini di cui innanzi ha pronunciato **Sez. 1, n. 13410/2019, Falabella, Rv. 654256-01**, argomentando, in forza di quanto statuito da Corte cost., n. 108/2015, dalla circostanza per la quale il legislatore ha inteso richiedere all'ente chiamato a decidere sull'autorizzazione una ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto.

Nella detta materia e con particolare riferimento alla normativa di cui innanzi, già Sez. 6-1, n. 29255/2017, Micolino, Rv. 647024-01, aveva chiarito che la clausola compromissoria contenuta in un contratto di appalto stipulato in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 190 del 2012, pur restando valida, è colpita da inefficacia sopravvenuta per mancanza della previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della P.A., introdotta dall'art. 1, comma 19, della predetta legge. Tale disposizione, tuttavia, non esclude la possibilità del ricorso all'arbitrato, ove la predetta autorizzazione, comunque non desumibile da atti o comportamenti concludenti di organi o soggetti diversi, inidonei, in quanto tali, ad esprimere le ragioni della scelta di derogare alla giurisdizione ordinaria, intervenga successivamente. Nella specie, la S.C. aveva ritenuto l'eccezione di incompetenza, sollevata dal difensore dell'ente pubblico, insufficiente a giustificare il superamento dell'inefficacia della clausola compromissoria, in quanto atto imputabile a soggetto

diverso dagli organi competenti a manifestare la volontà dell'ente e non implicante un'apposita determinazione di questi.

In termini più generali, è stata ritenuta valida la clausola compromissoria con la quale viene deferita ad arbitri la soluzione della controversia riguardante contratti stipulati tra la P.A. e terzi, purché si verta in tema di diritti disponibili e non di interessi legittimi, l'arbitrato abbia carattere rituale e sia escluso il potere di decidere secondo equità (Sez. 6-1, n. 28533/2018, Mercolino, Rv. 651499-01).

Nei contratti d'appalto stipulati a seguito di gara indetta da un ente pubblico, però, la volontà di devolvere ad arbitri le relative controversie deve essere espressa in maniera esplicita ed univoca, non essendo sufficiente un generico rinvio ad altro documento che eventualmente contenga la clausola compromissoria, poiché soltanto il richiamo espresso e specifico di detta clausola, con i caratteri della *relatio perfecta*, assicura la piena consapevolezza delle parti in ordine alla deroga alla giurisdizione.

Quanto innanzi è stato statuito da Sez. 6-1, n. 27764/2018, Valitutti, Rv. 651357-01, in fattispecie nella quale il contratto di appalto non solo rinviava in modo generico alla clausola arbitrale inserita nel capitolato speciale ma conteneva una previsione di segno contrario, senza fare salva la specifica previsione di cui al capitolato speciale.

In tema di arbitrato c.d. amministrato di lavori pubblici, la norma transitoria di cui all'art. 253, comma 34, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, quanto alla disciplina dell'arbitrato di cui agli artt. 241, 242 e 243 del medesimo codice dei contratti pubblici, dispone la salvezza delle clausole compromissorie e delle procedure arbitrali antecedenti alla sua entrata in vigore, nei soli casi ivi specificamente previsti ed alla condizione che i collegi arbitrali risultino già costituiti entro tale data.

Ne consegue, per Sez. 1, n. 04719/2018, Mucci, Rv. 647630-01, l'immediata applicabilità delle nuove disposizioni, aventi carattere inderogabile, riguardo ai collegi arbitrali relativi ad appalti non ricadenti nel d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (capitolato generale d'appalto per le opere pubbliche, oggi abrogato).

In tema di appalti pubblici stipulati da enti diversi dallo Stato, ove il contratto sia stato concluso prima della sentenza della Corte cost. n. 00152 del 1996, che ha reso facoltativo l'arbitrato dichiarando incostituzionale l'art. 47 del d.P.R. n. 1063 del 1962 (nel testo sostituito dall'art. 16 della l. n. 741 del 1981), per valutare l'applicabilità di una clausola compromissoria occorre esaminarne il tenore esatto. Necessita difatti stabilire se, attraverso il richiamo al capitolato generale dello Stato, le parti abbiano voluto limitarsi ad identificare la disciplina legale concretamente applicabile, ovvero abbiano inteso recepire il contenuto della normativa generale relativa agli appalti dello Stato, conferendo alla stessa un valore negoziale tale da renderla insensibile alle modifiche normative intervenute successivamente alla

stipulazione del contratto (Sez. 1, n. 26007/2018, Mercolino, Rv. 651299-01; in merito all'operatività de citato art. 47 ed al significato del richiamo delle parti al capitolato generale dello stato, si veda anche Sez. 6-1, n. 20636/2012, Mercolino, Rv. 24422-01).

6. L'“arbitrato societario”: recesso del socio ed arbitrato rituale, di diritto comune o endosocietario.

La clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società, che preveda la devoluzione ad arbitri delle controversie connesse al contratto sociale, deve ritenersi estesa alla controversia riguardante il recesso del socio dalla società, alla domanda di accertamento dell'inadempimento dell'amministratore agli obblighi di comunicazione ai soci accomandanti del bilancio e del conto dei profitti e perdite, ai sensi dell'art. 2320, comma 3, c.c., e alla connessa domanda di condanna dell'amministratore al risarcimento del danno ex art. 2395 c.c., rientrando i correlativi diritti nella disponibilità del socio che se ne vanti titolare.

Il tal senso si è pronunciata **Sez. 6-1, n. 15697/2019, Nazzicone, Rv. 654630-01**, nel solco della precedente Sez. 1, n. 10399/2018, Fichera, Rv. 648886-01. Per quest'ultima la controversia avente ad oggetto la legittimità del recesso del socio di società per azioni, coinvolgendo esclusivamente lo *status* del predetto ed il suo diritto (di natura esclusivamente patrimoniale) alla liquidazione del valore delle azioni, attiene a diritti disponibili ed è, pertanto, suscettibile di dare luogo ad un arbitrato rituale, sia esso di diritto comune che endosocietario.

In merito la S.C. aveva già chiarito che la clausola compromissoria, contenuta nello statuto di una società per azioni, che preveda la devoluzione ad arbitri delle controversie connesse al contratto sociale, deve ritenersi estesa alla controversia riguardante il recesso del socio dalla società (Sez. 6-1, n. 22303/2013, Campanile, Rv. 627951-01).

7. L'impugnazione delle deliberazioni di riduzione e di aumento del capitale sociale.

Non è compromettibile in arbitri la controversia avente ad oggetto l'impugnazione della deliberazione di approvazione del bilancio di società. Esse, difatti, per la costante giurisprudenza di legittimità, sono nulle in relazione all'oggetto (illecito o impossibile) per difetto dei requisiti di verità, chiarezza e precisione, venendo in rilievo norme non solo imperative ma dettate a tutela, oltre che dell'interesse dei singoli soci, dell'interesse collettivo dei soci e di tutti i soggetti che con la società entrano in rapporto, i quali hanno diritto a conoscere l'effettiva situazione patrimoniale e finanziaria dell'ente, e quindi riguardanti diritti

indisponibili (a tale riguardo, si vedano in particolare: Sez. 6-1, n. 27736/2018, Sambito, Rv. 651460-01; Sez. 6-1, n. 20674/2016, Mercolino, Rv. 641868-01; Sez. 6-1, n. 13031/2014, Cristiano, Rv. 631360-01, e Sez. 1, n. 18600/2011, Bisogni, Rv. 619612-01).

Argomentando nei termini di cui innanzi **Sez. 1, n. 14665/2019, Lamorgese, Rv. 653914-01**, ha ritenuto non compromettibile in arbitri la controversia avente ad oggetto l'impugnazione della deliberazione di riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale di cui all'art. 2447 c.c., per violazione delle norme sulla redazione della situazione patrimoniale ex art. 2446 c.c., vertendo tale controversia, al pari dell'impugnativa della delibera di approvazione del bilancio per difetto dei requisiti di verità, chiarezza e precisione, su diritti indisponibili, essendo le regole dettate dagli artt. 2446 e 2447 c.c. strumentali alla tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche dei terzi.

Nella specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza con la quale la Corte di Appello aveva ritenuto che la finalità perseguita dall'art. 2446 c.c. fosse differente rispetto a quella sottesa alle norme sulla redazione del bilancio, mirando unicamente a consentire ai soci di conoscere la situazione finanziaria della società, al fine di deliberare consapevolmente. Per converso, sempre la citata **Sez. 1, n. 14665/2019**, ha evidenziato come sia pacifico nella giurisprudenza di legittimità, l'assunto per il quale la relazione patrimoniale sia da considerare alla stregua di un vero e proprio bilancio straordinario e deve essere redatta secondo i criteri legali dettati per il bilancio d'esercizio, in termini di verità, chiarezza e precisione, avendone la stessa finalità di misurazione del patrimonio sociale (Sez. 1, n. 05740/2004, Rordorf, Rv. 571413-01) ed essendo le regole dettate dagli artt. 2446 e 2447 c.c. strumentali alla tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche dei terzi (si veda altresì Sez. 1, n. 08221/2007, Salvato, Rv. 595812-01, che già aveva giudicato nulla la delibera di azzeramento e di reintegrazione del capitale sociale adottata in base ad una situazione patrimoniale della società non aggiornata).

La controversia avente ad oggetto l'esecuzione della delibera di aumento del capitale sociale di una società è compromettibile in arbitri, ai sensi dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. n. 5 del 2003, poiché, come ha statuito **Sez. 1, n. 24444/2019, Terrusi, Rv. 655346-01**, relativa a diritti inerenti al rapporto sociale inscindibilmente correlati alla partecipazione del socio. Sicché, nel caso di fallimento della società, la clausola compromissoria statutaria resta opponibile al curatore fallimentare che agisca per l'esecuzione dell'aumento deliberato. Nella specie, la S.C. ha riconosciuto la competenza arbitrale nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo emesso su richiesta del curatore dal giudice delegato, ex art. 150 l.fall., nei confronti di un socio della fallita per i versamenti ancora dovuti.

La clausola compromissoria consortile, contenuta nello statuto di un consorzio dichiarato fallito è già stata ritenuta applicabile ai giudizi iniziati dal curatore per far valere diritti preesistenti alla procedura concorsuale, a differenza di quanto accade per l'azione di responsabilità proposta dallo stesso curatore verso gli amministratori del consorzio, trattandosi di azione volta alla reintegrazione del patrimonio sociale nell'interesse dei soci e dei creditori per i quali la clausola non può operare trattandosi di soggetti terzi rispetto alla società.

Nella specie, Sez. 6-1, n. 28533/2018, Mercolino, Rv. 651499-02, ha confermato la decisione del tribunale che aveva declinato la propria competenza in favore dell'arbitrato in quanto il curatore aveva fatto valere, nei confronti di alcuni enti consorziati, il diritto al pagamento di una somma di denaro preesistente alla data della dichiarazione di fallimento.

Sempre in ordine al c.d. "arbitrato societario", le controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari, tipicamente riguardanti i soci e la società in relazione ai rapporti sociali, sono compromettibili in arbitri ai sensi dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, qualora abbiano ad oggetto diritti disponibili (*ex plurimis*, Sez. 6-1, n. 17283/2015, Cristiano, Rv. 636505-01, che ha nella specie riconosciuto la competenza arbitrale in relazione ad una controversia avente ad oggetto l'impugnativa di una delibera assembleare di aumento di capitale e la conseguente domanda di risarcimento del danno).

In senso sostanzialmente conforme aveva statuito Sez. 6-1, n. 16265/2013, Salmè, Rv. 626901-01, ritenendo afferenti a diritti indisponibili, come tali non compromettibili in arbitri ex art. 806 c.p.c., soltanto le controversie relative all'impugnazione di deliberazioni assembleari di società aventi oggetto illecito o impossibile, le quali danno luogo a nullità rilevabile anche di ufficio dal giudice, cui sono equiparate, ai sensi dell'art. 2479 *ter* c.c., quelle prese in assoluta mancanza di informazione. Sicché, la controversia che abbia ad oggetto l'interpretazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea di una società a responsabilità limitata, in cui si discuta esclusivamente se concerna le dimissioni del ricorrente dalla carica di amministratore delegato o anche da quella di componente del consiglio di amministrazione, in quanto suscettibile di transazione, può essere deferita ad arbitri.

Nello stesso solco interpretativo si era collocata Sez. 6-1, n. 27736/2018, Sambito, Rv. 651460-01, nel trarre dalle stesse premesse le conseguenze per le quali la lite che abbia ad oggetto l'invalidità della delibera assembleare per omessa convocazione del socio, essendo soggetta al regime di sanatoria previsto dall'art. 2379 *bis* c.c., può essere deferita ad arbitri.

Sempre in merito all'arbitrato c.d. societario la S.C. aveva già ritenuto e confermato l'inoperatività della tesi del "doppio binario".

Per Sez. 1, n. 25610/2018, Falabella, Rv. 650591-01, difatti, è nulla la clausola compromissoria contenuta nello statuto societario la quale, non adeguandosi alla prescrizione dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, non preveda che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società. La S.C. ha in particolare confermato la non operatività della tesi del “doppio binario”, per la quale la clausola per arbitrato endosocietario si convertirebbe in clausola per arbitrato di diritto comune, atteso che il citato art. 34 commina la nullità per garantire il principio di ordine pubblico dell'imparzialità della decisione (in senso conforme si veda Sez. 6-1, n. 17287/2012, Salmè, Rv. 623736-01).

8. La clausola arbitrale e la scissione societaria.

Sez. 2, n. 13192/2019, Oricchio, Rv. 653713-02, ha affrontato per la prima volta i rapporti tra clausola compromissoria per arbitrato rituale, in origine pattuita dalla società, e scissione societaria, in particolare ritenendo efficace la detta clausola nei confronti della società nata dalla scissione.

L'ordinanza in esame ha argomentato alla stregua della giurisprudenza inerente il generale fenomeno degli effetti successori conseguenti alla scissione delle società, per la quale (ancorché nella disciplina dettata dall'art. 2504 *septies* c.c.) la scissione parziale di una società, consistente nel trasferimento di parte del suo patrimonio ad una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, contro l'assegnazione delle azioni o delle quote di queste ultime ai soci della società scissa, si traduce in una fattispecie effettivamente traslativa, con l'ulteriore conseguenza di “un subingresso e di una successione a titolo particolare nel diritto controverso” della società risultante dalla scissione.

In termini di successione a titolo particolare nel diritto controverso si era già espressa in senso conforme (tre le altre) anche Sez. 1, n. 05874/2012, Mercolino, Rv. 622343-01. Negli stessi termini, ancorché circa gli artt. 2506 e ss. c.c. come modificati dal d.lgs. n. 6 del 2003 e con effetti dal 1° gennaio 2004, si erano pronunciate Sez. U, n. 23225/2016, Chiarini, Rv. 641764-01, ribadendo l'orientamento per cui la società nata dalla scissione si sostituisce, in virtù di “una successione a titolo particolare nel diritto controverso” al rapporto contrattuale sorto in origine dalla società scissa (si veda, sempre in termini di successione a titolo particolare nel diritto controverso e con riferimento agli artt. 2506 e ss. c.c., come modificati dal d.lgs. n. 6 del 2003, anche la più recente Sez. 2, n. 31313/2018, Scarpa, Rv. 651601-01).

9. Composizione del collegio arbitrale: nomina dell'arbitro da giudice territorialmente incompetente.

La nomina dell'arbitro in violazione della regola, contenuta nell'art. 810, comma 2, c.p.c. che attribuisce tale competenza, funzionale ed inderogabile, al presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato, determina la nullità del lodo, ai sensi dell'art. 829, comma 1, c.p.c., ove disposta da giudice territorialmente non competente, nei limiti in cui la questione venga dedotta nel giudizio arbitrale ma non l'invalidità della convenzione arbitrale.

Quanto innanzi, come ha chiarito **Sez. 6-3, n. 14476/2019, Iannello, Rv. 654306-03**, sia perché si tratta di una disposizione destinata a regolare l'ipotesi residuale del mancato accordo delle parti in merito alla nomina, sia perché la previsione di un foro inderogabile opera, nel processo, in modo simile al meccanismo di sostituzione di diritto delle clausole contrattuali nulle, perché in contrasto con norme imperative, di cui all'art. 1419, comma 2, c.c.

In tema di composizione del collegio arbitrale, già era stato statuito che qualora la clausola compromissoria contenesse un rinvio ad una legge, in funzione dell'individuazione delle relative regole, la fonte della deferibilità ad arbitri rimarrebbe comunque contrattuale e non legislativa.

Ne è derivata, per Sez. 1, n. 21355/2018, Lamorgese, Rv. 650399-02, l'irrilevanza, ai fini della disciplina processuale dei successivi arbitrati, delle modifiche normative sopravvenute che abbiano riguardato la predetta legge, la cui applicabilità permane proprio in quanto riconducibile non alla volontà del legislatore ma a quella negoziale delle parti. La S.C., con la medesima ordinanza da ultimo citata, ha altresì chiarito che in caso di nullità del lodo per violazione di norme inderogabili sulla composizione del collegio arbitrale, la Corte d'appello non può far seguire la fase rescissoria alla fase rescindente, in quanto la competenza, da parte del giudice dell'impugnazione, a conoscere del merito presuppone un lodo emesso da arbitri investiti effettivamente di *potestas iudicandi* (Sez. 1, n. 21355/2018, Lamorgese, Rv. 650399-01; in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 20128/2013, Mercolino, Rv. 627741-01).

È stato infine già ritenuto inammissibile il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. avverso il decreto di nomina o di sostituzione di un arbitro, essendo provvedimento privo di carattere decisorio e insuscettibile di produrre effetti sostanziali o processuali di cosa giudicata. In questi termini Sez. 1, n. 18004/2018, Caiazzo, Rv. 649894-01, ed in senso conforme (anche) la precedente Sez. 1, n. 11665/2007, Rordorf, Rv. 597181-01, che aveva applicato il principio, in fattispecie in cui due tribunali avevano proceduto alla nomina di un arbitro, al

ricorso proposto avverso il decreto di revoca della nomina e la successiva revoca della revoca, escludendone la decisività su diritti processuali delle parti.

10. Il compenso degli arbitri.

Il diritto degli arbitri di ricevere il pagamento dell'onorario sorge per il fatto di avere effettivamente espletato l'incarico conferito, nell'ambito del rapporto di mandato intercorrente con le parti, prescindendo dalla validità del compromesso e del lodo. Senza che, ha proseguito **Sez. 1, n. 21058/2019, Lamorgese, Rv. 655024-01**, nella sommaria procedura di liquidazione apprestata dall'art. 814 c.p.c., esperibile allorché il lodo sia stato pronunciato, al presidente del tribunale sia consentita alcuna indagine sulla validità del compromesso e del lodo e sulla regolarità della nomina degli arbitri, materie comprese nella previsione dell'art. 829 c.p.c. e riservate alla cognizione del giudice dell'impugnazione indicato dal precedente art. 828 c.p.c.

In senso conforme anche la precedente Sez. 1, n. 14799/2008, Ceccherini, Rv. 603605-01, che ne aveva ricavato l'assunto per il quale la sussistenza del credito per l'onorario, a favore dell'arbitro che abbia espletato la propria mansione, non è inficiata dai suddetti vizi, salva restando l'ammissibilità dell'azione risarcitoria nei suoi confronti, esperibile nella diversa sede competente, allorquando il lodo sia annullato per causa a lui imputabile.

Da quanto detto in merito al fondamento dell'onorario, Sez. 6-1, n. 15420/2018, Lamorgese, Rv. 649503-01, già ne aveva fatto discendere che il relativo diritto al compenso non viene meno nell'ipotesi d'invalidità del lodo stesso.

Il rilievo dell'effettivo espletamento dell'incarico, ai fini del diritto al compenso, è principio consolidato nella giurisprudenza della S.C. la quale ha altresì chiarito che nella sommaria procedura di liquidazione apprestata dall'art. 814 c.p.c., esperibile allorché il lodo sia stato pronunciato, al presidente del tribunale non è consentita alcuna indagine sulla validità del compromesso e del lodo e sulla regolarità della nomina degli arbitri, materie comprese nella previsione dell'art. 829 c.p.c. e riservate alla cognizione del giudice dell'impugnazione indicato dal precedente art. 828. La sussistenza del credito per l'onorario, a favore dell'arbitro che abbia espletato la propria mansione, non è quindi inficiata dai suddetti vizi, salva restando l'ammissibilità dell'azione risarcitoria nei suoi confronti, esperibile nella diversa sede competente, allorquando il lodo sia annullato per causa a lui imputabile (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 14799/2008, Ceccherini, Rv. 603605-01).

Parimenti, sempre in virtù del diritto al compenso in ragione dell'effettivo espletamento dell'incarico, sono stati ritenuti insussistenti i presupposti della sospensione, ex art. 295 o 337 c.p.c., del procedimento instaurato dall'arbitro per ottenere il residuo compenso, già liquidato, in attesa della definizione del giudizio di

impugnazione del lodo, la cui eventuale nullità può giustificare solo un'azione di responsabilità ai sensi dell'art. 813 *bis* c.p.c. (Sez. 6-1, n. 24072/2013, Scaldaferrì, Rv. 628310-01).

11. Procedimento e principio del contraddittorio.

In tema di procedimento arbitrale la S.C. ha chiarito il diverso modo di atteggiarsi del contraddittorio rispetto al giudizio innanzi al giudice ordinario.

Il limite del rispetto del principio del contraddittorio difatti va opportunamente adattato al giudizio arbitrale, dovendo essere offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare e analizzare le prove e le risultanze del processo, di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avverse.

In applicazione del principio Sez. 1, n. 08331/2018, Terrusi, Rv. 648141-01, ha confermato la sentenza con la quale la Corte di Appello, preso atto della nullità della notifica dell'originario atto introduttivo del giudizio arbitrale in quanto eseguita nei confronti degli organi sociali invece che del commissario liquidatore dopo l'apertura della liquidazione coatta amministrativa, aveva considerato regolarmente introdotto il procedimento arbitrale nei confronti del commissario attraverso la notifica della domanda unitamente alla copia dell'ordinanza arbitrale di rinvio della prima udienza ancorché priva di sottoscrizione e di certificazione di conformità all'originale.

L'adattamento del principio del contraddittorio di cui innanzi deve altresì coordinarsi con il principio in forza del quale, qualora le parti con il compromesso o con la clausola compromissoria non abbiano determinato le regole processuali da adottare, gli arbitri sono liberi di regolare l'articolazione del procedimento nel modo ritenuto più opportuno, anche discostandosi dalle prescrizioni dettate dal codice di rito.

Tale libertà, difatti, come ha confermato **Sez. 1, n. 05243/2019, Marulli, Rv. 652809-01**, è limitata dal rispetto del principio del contraddittorio, posto dall'art. 101 c.p.c., che, comunque, necessita di essere opportunamente adattato alle peculiarità del giudizio arbitrale. Deve essere quindi offerta alle parti, al fine di consentire loro un'adeguata attività difensiva, la possibilità di esporre i rispettivi assunti, di esaminare ed analizzare le prove e le risultanze del processo, anche dopo il compimento dell'istruttoria e fino al momento della chiusura della trattazione, nonché di presentare memorie e repliche e conoscere in tempo utile le istanze e richieste avversarie.

Negli stessi termini anche la precedente Sez. 2, n. 10809/2015, Matera, Rv. 635441-01, che, in applicazione del principio di cui innanzi, aveva ritenuto esente da censure la decisione arbitrale assunta all'esito di consulenza tecnica di ufficio la

cui relazione tecnica era stata svolta anche alla stregua di nuovi documenti prodotti da una parte al consulente tecnico di ufficio ma comunque resi conoscibili da quest'ultimo al consulente tecnico nominato dall'altra parte, con conseguente rispetto del principio del contraddittorio per essere stato il tecnico di parte messo in grado di svolgere le opportune difese.

Tanto nell'arbitrato libero quanto in quello rituale, però, gli arbitri incorrono nella violazione del principio del contraddittorio qualora abbiano stabilito la natura perentoria dei termini da loro fissati alle parti per le allegazioni e istanze istruttorie e, in relazione a tale determinazione, abbiano dichiarato decaduta una parte per il tardivo esercizio delle facoltà di proporre quesiti e istanze istruttorie, senza che la convenzione d'arbitrato, o un atto scritto separato o il regolamento processuale dagli arbitri stessi predisposto, prevedesse la possibilità di fissare termini perentori per lo svolgimento delle attività difensive e senza una specifica avvertenza circa il carattere perentorio dei termini al momento della loro assegnazione.

Nella specie, Sez. 2, n. 22994/2018, Criscuolo, Rv. 650380-02, ha rigettato il motivo di ricorso fondato sulla circostanza che gli arbitri, dopo aver fissato termini perentori per le richieste istruttorie, avevano successivamente consentito a una parte, risultata poi vittoriosa, di produrre la documentazione e le prove a sostegno delle sue pretese, rispetto alle quali tuttavia la controparte era stata messa in grado di interloquire e contro dedurre (in senso sostanzialmente conforme anche Sez. 1, n. 01099/2016, Nazzicone, Rv. 638612-01).

È altresì nullo, per violazione del diritto al contraddittorio e conseguentemente del diritto di difesa, il lodo arbitrale nel quale sia posta a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio e mai sottoposta alla valutazione delle parti.

In applicazione del predetto principio, Sez. 1, n. 23325/2018, Cirese, Rv. 650762-01, già aveva cassato con rinvio la sentenza della Corte territoriale che, in sede di impugnazione del lodo arbitrale, aveva omesso di valutare la dedotta violazione del contraddittorio e del diritto di difesa, nonostante la decisione fosse stata fondata sull'inefficacia del contratto per difetto di un progetto preliminare, questione mai discussa dalle parti, che nel giudizio arbitrale avevano chiesto, reciprocamente, la risoluzione del contratto per inadempimento, con ciò presupponendo la validità del titolo originario.

Nel procedimento arbitrale, del resto, l'omessa osservanza del principio del contraddittorio (sancito dall'art. 816 *bis*, comma 1, c.p.c., già in precedenza ricondotto all'art. 816 c.p.c.) non è un vizio formale, ma di attività. Ne consegue che, ai fini della declaratoria di nullità, è necessario accertare la concreta menomazione del diritto di difesa, tenendo conto della modalità del confronto tra le parti (avuto riguardo alle rispettive pretese) e delle possibilità, per le stesse, di

esercitare, nel rispetto della regola *audiatur et altera pars*, su un piano di uguaglianza le facoltà processuali loro attribuite.

In tali termini già Sez. 1, n. 28660/2013, Nazzicone, Rv. 629222-01, la quale aveva rigettato il ricorso con il quale una delle parti sosteneva che l'altra avesse modificato le proprie domande nel "foglio conclusioni" introducendo nuovi temi, i quali, invece, erano stati ampiamente discussi davanti agli arbitri.

12. Nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia: dall'arresto delle Sez. U del 2016 a quello delle Sez. U del 2019 sul "*prospective overruling*".

In tema di nullità del lodo per errori di diritto inerenti il merito della controversia e conseguente sua impugnabilità, Sez. U, n. 09284/2016, Nappi, Rv. 639686-01 (applicata alla lettera anche da Sez. 1, n. 17339/2017, Valitutti, Rv. 644972-01) hanno in particolare risolto il contrasto interpretativo sorto in merito all'applicabilità dell'art. 829, comma 3, c.p.c., nel testo riformulato dall'art 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, ai procedimenti arbitrali promossi successivamente alla sua entrata in vigore ma fondati su convenzioni arbitrali antecedenti a tale data. È stato difatti ribadito che il citato comma 3, laddove ammette l'impugnabilità del lodo per *errores in iudicando* se espressamente disposta dalle parti o dalla legge, si applica, ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006, a tutti i giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore della novella. Per stabilire se sia ammissibile l'impugnazione per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, la legge – cui l'art. 829, comma 3, c.p.c., rinvia – è però identificata in quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato. Argomentando nei termini di cui innanzi, Sez. 6-1, n. 14352/2018, Cristiano, Rv. 649147-01, ha confermato che, in caso di convenzione di arbitrato cd. di diritto comune, stipulata anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina, nel silenzio delle parti, deve intendersi ammissibile l'impugnazione del lodo, così disponendo l'art. 829, comma 2, c.p.c., nel testo previgente, salvo che le parti stesse avessero autorizzato gli arbitri a giudicare secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile (sul punto si vedano sempre le citate Sez. U, n. 09284/2016, Nappi, Rv. 639686-01, che hanno altresì ritenuto irrilevante, ai fini di una differente ricostruzione e conclusione, la natura giurisdizionale del lodo rituale).

Il suddetto arresto delle citate Sez. U, n. 09284/2016 ha determinato l'insorgere di questione di natura anche processuale fatta oggetto dell'ordinanza interlocutoria di Sez. 1, n. 20472/2018, Nazzicone, non massimata. Essa ha in particolare prospettato le seguenti questioni di massima di particolare importanza: *a)* se il concetto di *prospective overruling* sia estensibile alla legge sostanziale (quale è reputata

la regola posta dal novellato art. 829, comma 3, c.p.c., secondo Corte cost. n. 13 del 2018) ed oltre i mutamenti degli indirizzi consolidati del giudice di legittimità; *b)* se, in ogni caso, con riguardo alla vicenda ermeneutica della suddetta disposizione, nonché di quella transitoria dettata dall'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006, sia applicabile l'istituto generale della rimessione in termini per "causa non imputabile" della decadenza quando si fosse creato un ragionevole affidamento sulla precedente interpretazione letterale offerta dalla giurisprudenza di merito successivamente disattesa da quella di legittimità.

Sez. U, n. 04135/2019, Lamorgese, Rv. 652852-01, 652852-02 e 652852-03, ha risolto le dette questioni argomentando dalla "natura composita del fenomeno arbitrale" e dall'ambivalenza, processuale e sostanziale, del disposto di cui all'art. 829, comma 3, c.p.c. Nella giurisprudenza di legittimità è difatti acquisito il principio secondo cui nell'ordinamento giuridico italiano alcune norme che regolano la clausola compromissoria (e il compromesso) si riferiscono al suo momento genetico, statico o strutturale, ed in tal caso viene in evidenza e preminenza l'aspetto negoziale (al fine di verificare, ad esempio, la capacità delle parti, l'esistenza e i requisiti formali dell'accordo, ecc.), non essendo dubbio che, rispetto a dette norme, la clausola compromissoria sia da qualificare come negozio di diritto sostanziale. Altre disposizioni, al contrario, hanno per oggetto il medesimo istituto e lo prendono in considerazione per gli effetti caratteristici e le conseguenze in tema di procedura. In tali casi la clausola compromissoria va considerata come fonte di effetti processuali e presa appunto in considerazione soltanto in questa sua qualità (si vedano Sez. U., n. 03620/1971, La Farina, Rv. 355336-01).

Corte cost., n. 00013 del 2018, peraltro, come chiarito da **Sez. U, n. 04135/2019, cit.**, ha sostanzialmente confermato la natura composita della menzionata disposizione, rilevando la natura sostanziale e non meramente processuale della regola posta dal novellato art. 829, comma 3, c.p.c., in ragione del fatto che la natura processuale dell'attività degli arbitri non esclude che sia pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi.

La S.C. ha comunque ritenuto non operante, nella specie, il "*prospective overruling*", essendo il nuovo indirizzo giurisprudenziale ampliativo di facoltà e poteri processuali e derivando l'effetto pregiudizievole direttamente ed esclusivamente dall'errore interpretativo della parte. A ciò si è aggiunta l'insussistenza dei presupposti dell'istituto generale della rimessione in termini, in quanto non invocabile in caso di errori di diritto nell'interpretazione della legge processuale. Nella fattispecie il difensore aveva difatti rinunciato ad impugnare il lodo per errori di diritto, ritenendo tale possibilità esclusa dalla lettera dell'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006 anche in riferimento a convenzione arbitrale risalente a data anteriore all'entrata

in vigore della norma, interpretazione smentita dalla S.C. solo successivamente all'impugnazione del lodo medesimo.

13. La nullità per errori di diritto nell'arbitrato societario: disciplina transitoria e controversie compromettibili ma non inerenti la validità di deliberazioni assembleari.

Sez. U, n. 09285/2016, Nappi, Rv. 639687-01, ha chiarito che in tema di arbitrato, l'art. 829, comma 3, c.p.c., come riformulato dall'art. 24 del d.lgs. n. 40 del 2006, si applica, ai sensi della disposizione transitoria di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 40 cit., a tutti i giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore della novella ma, per stabilire se sia ammissibile l'impugnazione per violazione delle regole di diritto sul merito della controversia, la legge – cui l'art. 829, comma 3, c.p.c., rinvia – va identificata in quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato. Ne consegue che, in caso di clausola compromissoria societaria, inserita nello statuto anteriormente alla novella, è ammissibile l'impugnazione del lodo per *errores in iudicando* ove “gli arbitri, per decidere, abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità delle delibere assembleari”, così espressamente disponendo la legge di rinvio, da identificarsi con l'art. 36 del d.lgs. n. 5 del 2003.

Le citate Sez. U, n. 09285/2016 hanno però lasciato aperto il problema di cui innanzi, invece successivamente affrontato da **Sez. 1, n. 13842/2019, Terrusi, Rv. 654259-01**, per il caso in cui l'oggetto della controversia arbitrale, con riferimento al c.d. arbitrato societario, implichi la cognizione di questione compromettibile ma non sia costituito dalla validità di deliberazioni assembleari (bensì, come nella specie, dalla validità delle sottoscrizioni conseguenti alle delibere assembleari di aumento di capitale).

In un simile contesto, ha chiarito la S.C., la soluzione non può che replicare quanto statuito da Sez. U, n. 09284/2016, cit. (essendo nella specie irrilevante la natura formale o materiale del rinvio all'art. 829 c.p.c. operato dall'art. 36 del d.lgs. n. 5 del 2003). **Sez. 1, n. 13842/2019, cit.**, ha quindi sostanzialmente concluso ritenendo che in caso di clausola compromissoria societaria inserita nello statuto prima della novella di cui al d.lgs. n. 40 del 2006 sia ammissibile l'impugnazione del lodo per *errores in iudicando* anche ove, per decidere, gli arbitri abbiano conosciuto di questioni compromettibili in un giudizio non concernente l'invalidità di delibere assembleari poiché il riferimento contenuto nell'art. 36 del d.lgs. n. 5 del 2003 all'art. 829 c.p.c. va sì correlato al nuovo comma 3 di quest'ultima disposizione, ma pur sempre implica che, per stabilire se l'impugnazione sia ammessa dalla legge, si abbia

riguardo alla legge vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato.

14. Natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale e disciplina del giudizio impugnatorio: l'applicabilità di istituti e regole del processo ordinario di cognizione in appello.

Nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, si applicano gli istituti e le regole del processo ordinario di cognizione in appello, laddove manchi una disciplina specifica del mezzo d'impugnazione.

Sez. 1, n. 13927/2019, Nazzicone, Rv. 654167-01, ne ha fatto derivare che all'inerzia reiterata delle parti conseguono gli effetti previsti dalle norme processuali applicabili, ritenendo invece infondata la tesi per la quale il giudizio di impugnazione del lodo, una volta che promosso, debba comunque proseguire, anche per effetto di impulso ufficioso, salva solo la rinuncia del ricorrente.

In merito all'applicabilità degli istituti ordinari del processo civile, anche in ragione della natura dell'arbitrato rituale, la S.C. si era già pronunciata (dopo un precedente orientamento in senso contrario).

Si veda, in particolare, Sez. 1, n. 28827/2017, Lamorgese, Rv. 646313-01, per la quale nel giudizio d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, l'intervento del terzo rimasto estraneo al procedimento davanti agli arbitri è sempre ammissibile quando il lodo potrebbe pregiudicare i suoi diritti ai sensi degli artt. 344 e 404 c.p.c., avendo l'art. 816 *quinquies* c.p.c., introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006, previsto e disciplinato tale intervento proprio con riferimento al giudizio arbitrale e trovando anche applicazione in materia, in mancanza di una diversa disciplina, gli istituti ordinari previsti dal codice di rito (in senso inverso circa l'intervento del terzo, ma in quanto riferentesi a giudizio arbitrale svoltosi nel vigore della disciplina successiva alla l. n. 25 del 1994 ed antecedente a quella introdotta dal d.lgs. 40 del 2006, Sez. 1, n. 02323/2014, Genovese, Rv. 629764-01).

L'arbitrato rituale, difatti, ha natura giurisdizionale (*ex plurimis*, Sez. U, n. 24153/2013, Segreto, Rv. 627786-01) per cui l'impugnazione del lodo è soggetta alla disciplina e ai principi che regolano il giudizio di appello, in quanto compatibili. Ne consegue che, per Sez. 1, n. 13898/2014, Campanile, Rv. 631409-01, in caso di tardiva iscrizione a ruolo, l'impugnazione è improcedibile, trovando applicazione l'art. 348, comma 1, c.p.c. e non l'art. 171 c.p.c.

In forza del *revirement* giurisprudenziale del 2013, l'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. 5 gennaio 1994, n. 25 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, è stata ritenuta avente natura

giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario (Sez. U, n. 24153/2013, Segreto, Rv. 627786-01).

Dalla natura giurisdizionale di cui innanzi ne consegue (anche) che l'impugnazione del lodo è soggetta alla disciplina e ai principi che regolano il giudizio di appello, in quanto compatibili. Sicché, per Sez. 1, n. 13898/2014, Campanile, Rv. 631409-01, in caso di tardiva iscrizione a ruolo, l'impugnazione è improcedibile, trovando applicazione l'art. 348, comma 1, c.p.c. e non l'art. 171 c.p.c.

Alla linea interpretativa appena evidenziata Sez. 1, n. 26008/2018, Pazzi, Rv. 651300-01, ha aggiunto un ulteriore tassello, sempre muovendo dalla natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, la quale, difatti, fa sì che l'impugnazione del lodo sia soggetta alla disciplina e ai principi che regolano il giudizio di appello, in quanto compatibili, compresa la possibilità di rinnovare la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio, al ricorrere dei presupposti di legge. Ne consegue, per la S.C., che, disposta tale rinnovazione ai sensi dell'art. 291, comma 1, c.p.c., ed accertata la sua ritualità, resta preclusa la sanzione d'inammissibilità del gravame.

La S.C. si era (in parte) orientata nel senso di cui innanzi anche prima del “*revirement*” circa la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, ritenendo nell'ordinamento processuale vigente il principio secondo cui innanzi al giudice adito con un mezzo di impugnazione si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti allo stesso, in quanto non derogate dalla specifica disciplina del mezzo d'impugnazione di cui si tratta.

Ne consegue, come statuito da Sez. 1, n. 12544/2013, Di Virgilio, Rv. 626515-01, che al giudizio d'impugnazione del lodo davanti alla Corte d'appello, disciplinato dagli artt. 827 e ss. c.p.c., non si applica – né direttamente, né indirettamente – il regime delle preclusioni stabilito dall'art. 183 c.p.c., bensì il regime processuale proprio dell'appello, secondo cui le prove vanno chieste in sede di costituzione, a meno che non sia successiva la loro formazione o la produzione sia resa necessaria a ragione dello sviluppo del processo. Tale soluzione è stata ritenuta conforme al dettato dell'art. 830, comma 2, c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), che, con la locuzione “nuova istruzione”, si riferisce ai mezzi di prova diversi da quelli del giudizio arbitrale e non all'individuazione del momento preclusivo della loro deduzione.

In merito alla struttura, il giudizio d'impugnazione delle pronunce arbitrali è bifasico e Sez. 6-1, n. 09387/2018, Acierno, Rv. 649142-01, ha chiarito che nella prima, rescindente, non è consentito alla Corte d'appello procedere ad accertamenti di fatto, dovendo il giudice dell'impugnazione limitarsi ad accertare eventuali cause di nullità del lodo, che possono essere dichiarate soltanto in conseguenza di determinati errori *in procedendo*, nonché per inosservanza delle regole di diritto, nei limiti previsti dall'art. 829 c.p.c. (in senso conforme, *ex plurimis*, anche le precedenti

Sez. 1, n. 12430/2000, Adamo, Rv. 540300-01, e Sez. 1, n. 20880/2010, Salvago, Rv. 614361-01).

Solo in sede rescissoria, peraltro, al giudice dell'impugnazione è attribuita la facoltà di riesame del merito delle domande, comunque nei limiti del *petitum* e delle *causae petendi* dedotte dinanzi agli arbitri, con la conseguenza che non sono consentite né domande nuove rispetto a quelle proposte agli arbitri, né censure diverse da quelle tipiche individuate dall'art. 829 c.p.c. (Sez. 1, n. 20880/2010, Salvago, Rv. 614361-01).

In caso di nullità del lodo per violazione di norme inderogabili sulla composizione del collegio arbitrale, però, la Corte d'appello non può far seguire la fase rescissoria alla fase rescindente, in quanto la competenza, da parte del giudice dell'impugnazione, a conoscere del merito presuppone un lodo emesso da arbitri investiti effettivamente di *potestas iudicandi* (Sez. 1, n. 21355/2018, Lamorgese, Rv. 650399-01; in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 20128/2013, Mercolino, Rv. 627741-01).

In sede di ricorso per cassazione avverso la sentenza che abbia deciso sull'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, la S.C. non può invece apprezzare direttamente il lodo arbitrale, ma solo la decisione impugnata nei limiti dei motivi di ricorso relativi alla violazione di legge e, ove ancora ammessi, alla congruità della motivazione della sentenza resa sul gravame, non potendo peraltro sostituire il suo giudizio a quello espresso dalla Corte di merito sulla correttezza della ricostruzione dei fatti e della valutazione degli elementi istruttori operata dagli arbitri.

In tal senso Sez. 6-1, n. 02985/2018, Di Virgilio, Rv. 647336-02 (conforme, *ex plurimis*, Sez. 2, n. 10809/2015, Matera, Rv. 625440-01) che, confermando il consolidato orientamento, ha coerentemente dichiarato inammissibile il motivo di ricorso, formulato avverso la sentenza della Corte territoriale ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., con il quale il ricorrente aveva riproposto questioni di fatto già oggetto della decisione arbitrale, atteso che il controllo della S.C. non può mai consistere nella rivalutazione dei fatti, neppure in via di verifica della adeguatezza e congruenza dell'iter argomentativo seguito dagli arbitri (si veda altresì, *ex plurimis*, Sez. 1, n. 18136/2013, Di Virgilio, Rv. 627400-01).

15. L'impugnazione del lodo arbitrale rituale ed il termine breve di cui all'art. 828 c.p.c.

L'impugnazione del lodo arbitrale rituale deve essere sempre proposta dinanzi alla Corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, ai sensi dell'art. 828 c.p.c., unica disposizione diretta alla determinazione del giudice cui spetta la cognizione su detta impugnazione.

Sicché, come ha confermato Sez. 1, n. 00646/2018, Sambito, Rv. 646589-01, il giudice ordinario, in qualità di giudice naturale dell'impugnazione del lodo, qualora accolga l'impugnazione ha anche il potere-dovere, salvo contraria volontà di tutte le parti, di decidere nel merito ai sensi dell'art. 830, comma 2, c.p.c., a nulla rilevando che la controversia, ove non fosse stata deferita in arbitri, sarebbe stata affidata alla giurisdizione esclusiva del G.A. (in senso conforme si vedano, *ex plurimis*: Sez. U, n. 16787/2013, Rordorf, Rv. 626915-01, e Sez. U, n. 15204/2006, Luccioli, Rv. 589905-01).

La notificazione del lodo arbitrale alla parte personalmente è idonea a far decorrere il termine d'impugnazione fissato dall'art. 828 c.p.c. anche quando la parte stessa sia stata assistita, nel giudizio arbitrale, da un procuratore, eleggendo domicilio presso il medesimo. In tale giudizio, difatti, il rapporto con il difensore si svolge sul piano contrattuale del mandato con rappresentanza, senza vera e propria costituzione, sì da rendere inapplicabile la disciplina degli artt. 170 e 285 c.p.c.

Tale scelta legislativa, come ha ribadito **Sez. 1, n. 32028/2019, Campese, Rv. 656127-01**, non si pone in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., ma è giustificata dalle fondamentali differenze esistenti tra il giudizio arbitrale e quello pendente innanzi al giudice ordinario (negli stessi termini Sez. 1, n. 06300/2000, Milani, Rv. 536544-01). Essa difatti non introduce disparità di trattamento fra P.A. e privati, perché la difformità di regolamentazione trova giustificazione nella oggettiva diversità delle situazioni, e non interferisce con il diritto di difesa degli interessati, sull'esperibilità dell'impugnazione ed in merito alla sue modalità (Sez. 1, n. 06847/2004, Tirelli, Rv. 571926-01).

La notifica al difensore in luogo della parte personalmente integra però un'ipotesi di nullità della notificazione e non di inesistenza, sicché il relativo vizio è sanato a seguito dell'avvenuta costituzione in giudizio del convenuto (Sez. 1, n. 00544/2004, Piccininni, Rv. 569449-01).

Nelle ipotesi di patrocinio *ex lege* dell'Avvocatura dello Stato il destinatario della notifica va comunque individuato nella predetta Avvocatura, ai sensi dell'art. 11 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, senza che possa opporsi una distinzione tra i vari atti e senza che rilevi l'eventuale contumacia in giudizio dell'amministrazione. Così ha statuito Sez. 1, n. 13197/2006, Luccioli, Rv. 589962-01, dichiarando conseguentemente nulla la notifica, eseguita direttamente all'amministrazione, dell'atto di impugnazione di lodo arbitrale e conseguentemente ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di appello, che non aveva rilevato la nullità e non aveva provveduto ai sensi dell'art. 291 c.p.c. (negli stessi termini, sostanzialmente, anche Sez. 1, n. 06847/2004, *cit.*).

16. L'impugnazione del lodo arbitrale irrituale: limiti, notificazione e termine breve.

La notifica dell'impugnazione di un lodo arbitrale irrituale – in quanto atto idoneo a dimostrare la conoscenza legale dell'atto – comporta la decorrenza del termine breve per la proposizione di una successiva impugnazione.

Per **Sez. L, n. 30062/2019, Spena, Rv. 655861-01**, trovano difatti applicazione gli istituti e le regole del processo ordinario di cognizione in appello, in difetto di una disciplina specifica, anche in relazione al regime di impugnazione del lodo arbitrale irrituale, attesa la sua finalità di risolvere una controversia, comune alle determinazioni giurisdizionali

Il lodo irrituale – come la perizia contrattuale – per la sua natura, *quoad effectum*, negoziale, essendo volto a integrare una manifestazione di volontà negoziale con funzione sostitutiva di quella delle parti in conflitto, e per esse vincolante, è impugnabile soltanto per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale.

Sicché, come ha precisato **Sez. 2, n. 15665/2019, Falaschi, Rv. 655651-01**, l'errore del giudizio arbitrale, per essere rilevante, secondo la previsione dell'art. 1428 c.c., deve essere sostanziale (o essenziale) e riconoscibile (artt. 1429 e 1431 c.c.). Ciò implica che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, devono essere gli arbitri incorsi in una falsa rappresentazione o alterata percezione degli elementi di fatto determinata dall'aver ritenuto esistenti fatti che certamente non lo sono e viceversa, ovvero contestati fatti che tali non sono, analogamente all'errore revocatorio contemplato, per i provvedimenti giurisdizionali, dall'art. 395 n. 4 c.p.c. Non rileva invece l'errore degli arbitri che attenga alla determinazione da essi adottata in base al convincimento raggiunto dopo aver interpretato ed esaminato gli elementi acquisiti, ivi compresi i criteri di valutazione indicati dalle parti, perché costoro, nel dare contenuto alla volontà delle parti, esplicano un'attività interpretativa e non percettiva, che si trasfonde nel giudizio loro demandato e che, per volontà delle medesime, è inoppugnabile, pur essendo un negozio stipulato tramite i rispettivi arbitri-mandatari.

Sul punto già Sez. n. 1, n. 18577/2004, Luccioli, Rv. 577124-01, aveva ritenuto il lodo irrituale impugnabile solo per i vizi che possono vulnerare ogni manifestazione di volontà negoziale, come l'errore, la violenza, il dolo e l'incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico, o dell'arbitro stesso. In particolare, l'errore rilevante sarebbe solo quello attinente alla formazione della volontà degli arbitri, che si configura quando questi abbiano avuto una falsa rappresentazione della realtà per non aver preso visione degli elementi della controversia o per averne supposti altri inesistenti, ovvero per aver dato come contestati fatti pacifici o viceversa, mentre è

preclusa ogni impugnativa per errori di diritto, sia in ordine alla valutazione delle prove che in riferimento alla idoneità della decisione adottata a comporre la controversia.

17. Rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria: eccezione di compromesso e regolamento di competenza; eccezione d'incompetenza; ammissibilità del conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal G.A.

In tema di rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria, si sono susseguite (anche) nel 2019 diverse pronunce inerenti anche l'operatività dell'art. 819 *ter* c.p.c. oltre che i rapporti con il G.A.

Ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., così come novellato dall'art. 22 del d.lgs. n. 40 del 2006, in pendenza del procedimento arbitrale non possono proporsi all'autorità giudiziaria domande aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, dovendosi ritenere, per converso, che possa essere proposta una domanda giudiziale intesa ad ottenere la declaratoria della invalidità o dell'inefficacia della convenzione, quando non sia stata introdotta una controversia innanzi agli arbitri sulla base della convenzione stessa. L'invalidità o l'inefficacia della convenzione d'arbitrato può essere invocata davanti all'autorità giudiziaria con autonoma domanda di accertamento, o unitamente alla domanda relativa al rapporto cui la clausola compromissoria troverebbe applicazione, ovvero, ancora, in via di controeccezione proposta dalla parte attrice, allorché la parte convenuta abbia eccepito l'esistenza della clausola compromissoria invocando la competenza arbitrale.

Ove avverso la decisione del giudice di merito, affermativa o negativa della competenza arbitrale, venga proposto regolamento di competenza, ha sul punto concluso **Sez. 6-3, n. 14476/2019, Iannello, Rv. 654306-01**, ribadendo che detto giudizio compete alla Corte di cassazione, nell'ambito dei poteri di statuizione sulla competenza (in senso conforme Sez. 6-3, n. 17019/2011, Frasca, Rv. 619564-01).

L'eccezione di compromesso, invece, ha carattere processuale ed integra una questione di competenza che non ha natura inderogabile, così da giustificare il rilievo d'ufficio ex art. 38, comma 3, c.p.c., atteso che essa si fonda unicamente sulla volontà delle parti, le quali sono libere di scegliere se affidare o meno la controversia agli arbitri.

Ne consegue che, come ha ribadito **Sez. 6-3, n. 15300/2019, Iannello, Rv. 654309-01**, anche nel procedimento sommario di cognizione, tale eccezione deve essere formulata dalla parte interessata, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e nel termine fissato dall'art. 702 *bis*, comma 4, c.p.c.

La statuizione di cui innanzi mutua il principio di fondo di cui a Sez. 6-1, n. 22748/2015, Mercolino, Rv. 637741-01, per la quale, in considerazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale e della sua funzione sostitutiva della giurisdizione ordinaria, come desumibile dalla disciplina introdotta dalla l. n. 5 del 1994 e dalle modificazioni di cui al d.lgs. n. 40 del 2006, l'eccezione di compromesso ha carattere processuale ed integra una questione di competenza, che deve essere eccepita dalla parte interessata, a pena di decadenza e conseguente radicamento presso il giudice adito del potere di decidere in ordine alla domanda proposta, nella comparsa di risposta e nel termine fissato dall'art. 166 c.p.c. Né la competenza arbitrale, quanto meno in questioni incidenti su diritti indisponibili, può essere assimilata alla competenza funzionale, così da giustificare il rilievo officioso ex art. 38, comma 3, c.p.c., atteso che essa si fonda unicamente sulla volontà delle parti, le quali sono libere di scegliere se affidare la controversia agli arbitri e, quindi, anche di adottare condotte processuali tacitamente convergenti verso l'esclusione della competenza di questi ultimi, con l'introduzione di un giudizio ordinario, da un lato, e la mancata proposizione dell'eccezione di arbitrato, dall'altro (Sez. 6-1, n. 22748/2015, *cit.*).

L'eccezione di compromesso sollevata innanzi al giudice ordinario, adito sebbene la controversia sia stata deferita ad arbitri, invece, come ha chiarito **Sez. 2, n. 21177/2019, Bellini, Rv. 655197-01**, attiene al merito e non alla giurisdizione o alla competenza, in quanto i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici, ed il valore della clausola compromissoria consiste proprio nella rinuncia alla giurisdizione ed all'azione giudiziari.

Sicché, seppure formulata in termini di accoglimento o rigetto di una eccezione di incompetenza, la decisione con cui il giudice, in presenza di una eccezione di compromesso, risolvendo la questione così posta, chiude o non chiude il processo davanti a sé, deve essere considerata come decisione pronunciata su questione preliminare di merito, perché inerente alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria, con la conseguenza che essa deve essere impugnata mediante appello, formandosi il giudicato ove questo non sia proposto (in senso sostanzialmente conforme, Sez. 2., n. 24681/2006, Mazziotti Di Celso, Rv. 593910-01).

Il primo periodo dell'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c., nel prevedere che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice ordinario, implica, in riferimento all'ipotesi in cui sia stata proposta una pluralità di domande, che la sussistenza della competenza arbitrale sia verificata con specifico riguardo a ciascuna di esse, non

potendosi devolvere agli arbitri (o al giudice ordinario) l'intera controversia in virtù del mero vincolo di connessione.

Sicché, ha precisato Sez. 6-3, n. 26553/2018, Positano, Rv. 650890-01, ove le domande connesse non diano luogo a litisconsorzio necessario, l'accoglimento del regolamento di competenza comporta la separazione delle cause, ben potendo i giudizi proseguire davanti a giudici diversi in ragione della derogabilità e disponibilità delle norme in tema di competenza.

Ne consegue altresì che, nell'ipotesi di cui innanzi, l'eccezione d'incompetenza deve essere sollevata con specifico riferimento alla domanda o alle domande per le quali è prospettabile la dedotta incompetenza. Sicché, ove essa sia formulata soltanto in relazione ad una tra più domande connesse, ma che non diano luogo a litisconsorzio necessario, il suo accoglimento comporterà la necessaria separazione delle cause, ben potendo i giudizi proseguire davanti a giudici diversi in ragione della derogabilità e disponibilità delle norme in tema di competenza (Sez. 6-3, n. 00307/2017, Tatangelo, Rv. 642728-01).

È invece inammissibile l'appello avverso la decisione del tribunale declinatoria della propria competenza a favore degli arbitri rituali, poiché l'attività di questi ultimi ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché la relativa questione può essere fatta valere solo con regolamento di competenza (Sez. 2, n. 21336/2018, Casadonte, Rv. 650034-01, in senso conforme, Sez. 1, n. 17908/2014, Didone, Rv. 632217-01).

Sempre in tema di competenza arbitrale, la Suprema Corte ha chiarito, da un lato, che l'eccezione di compromesso sollevata soltanto da alcuni dei contraenti convenuti in giudizio è produttiva di effetti nei confronti di tutti gli altri litisconsorti (Sez. 6-2, n. 08595/2018, Abete, Rv. 648224-01) e, dall'altro lato, ha statuito in difformità a suo precedente in ordine ai rapporti tra la detta eccezione e la domanda riconvenzionale.

Sotto tale ultimo profilo, in particolare, Sez. 1, n. 20139/2018, Dolmetta, Rv. 649957-01, ha ritenuto che nel caso di contestuale proposizione dell'eccezione di compromesso e di domanda riconvenzionale, la prima non può considerarsi rinunciata in ragione della formulazione della seconda, in quanto l'esame della domanda riconvenzionale è ontologicamente condizionato al mancato accoglimento dell'eccezione di compromesso, essendo la fondatezza di quest'ultima incompatibile con l'esame della domanda riconvenzionale (in senso conforme si vedano: Sez. 6-2, n. 26635/2011, Cerrato, Rv. 620166-01, e Sez. 1, n. 12684/2007, Felicetti, Rv. 596871-01).

L'orientamento difforme ritiene invece che nella proposizione della domanda diretta al giudice ordinario, contenuta nella citazione introduttiva ovvero nella comparsa di risposta (e, pertanto, proposta in via riconvenzionale), per la soluzione

della stessa controversia compromessa in arbitri, sia da ravvisarsi la volontà della parte di rinunciare alla proposizione dell'eccezione di compromesso, stante l'evidente incompatibilità tra una eventuale rinuncia all'azione giudiziaria e la successiva proposizione di quest'ultima (si vedano: Sez. 2, n. 12736/2007, De Julio, Rv. 597268-01; Sez. 3, n. 18643/2003, Chiarini, Rv. 568684-01; Sez. 2, n. 13317/1992, Vella, Rv. 480035-01).

Sono infine inapplicabili all'arbitrato irrituale le norme dettate per quello rituale, ivi compreso l'art. 819 *ter* c.p.c.

Ne consegue l'inesperibilità del regolamento di competenza avverso la decisione del giudice ordinario, che affermi o neghi l'esistenza o la validità di un arbitrato irrituale, e che, dunque, nel primo caso non pronunci sulla controversia dichiarando che deve avere luogo l'arbitrato irrituale e nel secondo dichiarare, invece, che la decisione del giudice ordinario può avere luogo (Sez. 6-3, n. 21924/2018, Cigna M., Rv. 650613-01, ed in senso conforme, *ex plurimis*, Sez. 6-3, n. 19060/2017, Dell'Utri, Rv. 645353-01).

L'eccezione d'incompetenza dell'arbitro di cui all'art. 817, comma 2, c.p.c., salvo il caso di controversia non arbitrabile, coerentemente con la nuova accezione "paragiurisdizionale" dell'arbitrato rituale, è stata considerata da **Sez. 3, n. 05824/2019, Fiecconi, Rv. 653119-02**, quale eccezione di rito in senso stretto, soggetta al limite temporale indicato dal comma 3 del medesimo articolo, solo per la parte che ha partecipato al relativo giudizio arbitrale e non per quella che, rimasta assente, in sede d'impugnazione del lodo contesti in radice che la lite sia devolvibile agli arbitri.

Il detto art. 817, comma 3, c.p.c. però, anche dopo la novella introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006, non opera qualora una delle parti contesti in radice che la lite sia devoluta ad arbitri e, pur regolarmente chiamata, rifiuti di partecipare al giudizio arbitrale, ne consegue che la stessa parte non subisce la preclusione posta da tale disposizione, potendo quindi adire il giudice ordinario perché accerti che il lodo, comunque emesso pur in mancanza di clausola compromissoria, sia inefficace o inesistente nei suoi confronti (come ha ribadito **Sez. 3, n. 05824/2019, Fiecconi, Rv. 653119-01**).

Nel corso del 2019, infine, le Sez. U. hanno statuito in merito ad una ipotesi di deroga alla giurisdizione, in favore di arbitro straniero, ed in ordine ad alla questione dell'ammissibilità del conflitto negativo di competenza sollevata dal G.A. in sede di riassunzione all'esito di lodo arbitrale di declinatoria della giurisdizione.

In merito alla prima questione, in particolare, **Sez. U, n. 18831/2019, Giusti, Rv. 654590-02**, hanno chiarito che in caso di accordo intercorso tra i beneficiari di un "*trust inter vivos*" con effetti *post mortem* per la divisione dei beni in esso conferiti, l'azione di annullamento per violenza o dolo ex art. 761 c.c. e l'azione di rescissione

per lesione ex art. 763 c.c., esercitate con riguardo allo stesso, non sono soggette al criterio di giurisdizione di cui all'art. 50 della l. n. 218 del 1995, bensì a quello generale previsto dall'art. 3 della stessa legge, il quale può essere pattiziamente derogato, ai sensi del successivo art. 4, comma 2, in favore di un arbitro straniero, vertendosi in materia di diritti disponibili.

Circa i rapporti con l'autorità giurisdizionale amministrativa, invece, è stato ritenuto ammissibile il conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal G.A., innanzi al quale la causa era stata riassunta a seguito di un lodo arbitrale di declinatoria della giurisdizione, fondata sulla ritenuta giurisdizione esclusiva del detto Giudice ex art. 133, comma 1, lettera e), n. 2, del d.lgs. n. 104 del 2010, senza alcun rilievo dell'omessa riproposizione della questione di giurisdizione mediante l'impugnazione del lodo ad opera delle parti (**Sez. U, n. 01251/2019, Mercolino, Rv. 652243-01**).

Nell'ipotesi di deferimento a collegio arbitrale, mediante convenzione stipulata nella vigenza dell'art. 6, comma 2, della l. n. 205 del 2000, di controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A., si pone una questione di rapporto tra le differenti giurisdizioni, ordinaria e speciale, e non una questione di merito circa la validità della compromissione in arbitrato della controversia. Pertanto, **per Sez. U, n. 27847/2019, Bruschetta, Rv. 655590-01**, deve essere applicato, ai sensi dell'art. 5 c.p.c., il sopravvenuto art. 12 del d.lgs. n. 104 del 2010, che generalizza la possibilità di risolvere mediante arbitrato rituale le predette controversie, con conseguente ravvisabilità della giurisdizione ordinaria degli arbitri.

18. L'arbitrato internazionale e l'accertamento della sua natura ante novella del 2006.

Al fine di accertare la natura internazionale dell'arbitrato, nella disciplina vigente prima dell'entrata in vigore della l. n. 40 del 2006, conseguendone l'esclusione dell'impugnabilità del lodo per inosservanza delle regole di diritto, occorre in particolare verificare se ricorra uno dei due criteri identificativi dell'istituto individuati dalla legge, l'uno di natura soggettiva, l'altro di carattere oggettivo. Essi consistono, rispettivamente, nella residenza o sede effettiva all'estero di almeno una delle parti alla data della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso, ovvero, in alternativa, nella previsione che una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce debba essere eseguita all'estero.

Nella specie **Sez. 1, n. 07183/2019, Tricomi, Rv. 653631-01**, ha cassato la decisione della Corte di merito per aver ritenuto che, in conseguenza del mero subentro di una società italiana nel rapporto contrattuale, con acquisizione dei diritti

ed assunzione degli obblighi contrattuali della parte originaria straniera con effetto *ex tunc*, l'arbitrato non potesse qualificarsi internazionale perché nessuna delle parti contraenti avrebbe potuto considerarsi straniera. Il giudice di merito aveva in particolare ommesso del tutto di motivare per quale ragione l'originaria contraente estera dovesse ritenersi essere rimasta totalmente estranea al rapporto contrattuale, sebbene avesse assunto pattiziamente la responsabilità in solido del corretto e tempestivo adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto.

In tema era già stato chiarito che, ai fini dell'accertamento della natura internazionale dell'arbitrato, l'art. 832 c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche apportate nel 2006) nell'indicare il criterio oggettivo della rilevanza, da valutare alla stregua della situazione esistente alla data del contratto o della clausola compromissoria e non dell'insorgenza della lite, esige che una parte significativa delle prestazioni nascenti dal rapporto, al quale la controversia si riferisce, debba essere eseguita all'estero, mentre esclude che siano internazionali gli arbitrati previsti per controversie relative a parti secondarie, accessorie o di poco conto delle prestazioni da eseguire all'estero o che sia necessaria la prevalenza di parte delle prestazioni da eseguire in altro Stato (si veda, *ex purimis*, tra le più recenti: Sez. 1, n. 22338/2013, Campanile, Rv. 627923-01).



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna
della giurisprudenza di legittimità

Approfondimenti tematici

VOLUME IV

Anno 2019

Approfondimenti tematici

Anno 2019

DIRETTORE: *Maria Rosaria San Giorgio*
DIRETTORE AGGIUNTO: *Maria Acierno*
COORDINATORE: *Paola D'Ovidio*

hanno collaborato alla redazione

*Irene Ambrosi, Paolo Bernazzani, Marina Cirese, Luigi Di Paola,
Vincenzo Galati, Gianluca Grasso, Luigi La Battaglia, Laura
Mancini, Marzia Minutillo Turtur, Aldo Natalini, Andrea Penta,
Stefano Pepe, Raffaele Piccirillo, Valeria Pirari, Eleonora Reggiani,
Antonella Filomena Sarracino, Paolo Spaziani, Andrea Venegoni.*

INDICE

VOLUME QUARTO

APPROFONDIMENTI TEMATICI

PARTE PRIMA

I DIRITTI DELLA PERSONA

I) IL FINE VITA E LA CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

(DI GIANLUCA GRASSO)

1. Premessa.....	3
2. La giurisprudenza della Corte EDU sul diritto di morire ovvero sul dovere dello Stato di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere un aiuto a morire.	3
2.1. Corte EDU, 29 aprile 2002, <i>Pretty c. Regno Unito</i> : il diritto alla vita non può essere interpretato nel senso di conferire un diritto diametralmente opposto, ossia il diritto di morire.	4
2.2. Corte EDU, 20 gennaio 2011, <i>Haas c. Svizzera</i> : il diritto alla vita privata non prevede che lo Stato debba garantire che un malato che desidera suicidarsi possa ottenere, in deroga alla legge, una sostanza letale senza prescrizione medica.	8
2.3. Corte EDU, 19 luglio 2012, <i>Koch c. Germania</i> : il rifiuto di autorizzare una donna paralizzata a ottenere una dose letale di medicinali deve essere esaminato dall'Autorità giudiziaria.	10
2.4. Corte EDU, GC, 5 giugno 2015, <i>Lambert e altri c. Francia</i> : il processo decisionale diretto a determinare l'autorizzazione alla cessazione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, qualora sia condotto scrupolosamente in conformità al quadro normativo interno, risulta conforme ai requisiti dell'art. 2.....	12
3. L'ordinamento interno e la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale: i riflessi della giurisprudenza della Corte EDU.....	16

II) DAL DIRITTO DI SCEGLIERE O RIFIUTARE UN DETERMINATO TRATTAMENTO SANITARIO SECONDO L'ART. 32, COMMA 2, COST., AL PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE IN ORDINE ALLA PROPRIA VITA E ALLA PROPRIA FINE: LA LEGGE 22 DICEMBRE 2017 N.219

(DI IRENE AMBROSI)

1. Premessa.....	19
2. Consenso libero e informato al trattamento sanitario: evoluzione e limiti. Entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	20
3. Disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T).....	24
4. Pianificazione delle cure condivisa (P.C.C.).....	28
5. Diritto al consenso informato come ineliminabile presidio dell'autodeterminazione: la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale.....	29
6. Indicazioni nomofilattiche in tema di consenso informato in ambito sanitario quale fonte della responsabilità civile.....	35

III) IL TEMA DEL "FINE VITA" NELLA VICENDA CAPPATO: I NUOVI CONFINI PROCEDURALI DELL'AIUTO (LECITO) AL SUICIDIO

(DI ALDO NATALINI)

1. Il "fine-vita" al cospetto della Corte Costituzionale.....	39
2. Sentenza autoapplicativa di tipo manipolativo.....	40
3. La vicenda giudiziaria del caso "Dj Fabo-Cappato".....	41
4. Art. 580 c.p.: <i>ratio puniendi</i> e primi approdi decisorio.....	42
5. La "saldatura" della sentenza n. 242 del 2019 con l'ordinanza n. 207 del 2018: le quattro condizioni legittimanti l'aiuto al suicidio.....	44

6. Oltre la l. n. 217 del 2017: verso un diritto-pretesa?	45
7. L'inedita scriminante procedurale valevole <i>pro futuro</i>	46
8. La scriminabilità <i>pro praeterito</i> caso per caso.	48

IV) IDENTITÀ PERSONALE, RISERVATEZZA E DIRITTO ALL'OBLIO: I DIVERSI VOLTI DELLA TUTELA DELL'INDIVIDUO.

(DI MARINA CIRESE E LUIGI LA BATTAGLIA)

Premessa: la tutela dei diritti della persona	51
1. L'identità personale	51
2. L'identità digitale	54
3. Le declinazioni dell'identità personale	56
4. Il diritto alla riservatezza	58
5. La duplice concezione del diritto all'oblio	60
6. La nozione "tradizionale" di oblio	61
7. La pronuncia delle Sezioni unite n. 19681/2019	63
8. La nozione "tecnologico-digitale"	64
9. La configurazione normativa del diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità	67
10. Conclusioni	69

V) ALTERAZIONE DI STATO.

(DI MARZIA MINUTILLO TURTUR)

1. L'alterazione di stato, profili interpretativi a seguito delle pronunce della Corte costituzionale	71
2. Gli orientamenti della Corte di cassazione in materia di alterazione di stato, anche contestata quanto al ricorso alla c.d. "gestazione per altri"	74
3. -L'ordine pubblico internazionale: evoluzione interpretativa dei giudici di merito e della Corte di cassazione civile	85

VI) BENEFICI PREVIDENZIALI ED ASSISTENZIALI A CITTADINI STRANIERI EXTRACOMUNITARI. LE RIMESSIONI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA, ALLA CORTE COSTITUZIONALE E LA GIURISPRUDENZA CHE SI CONSOLIDA.

(DI VINCENZO GALATI)

1. Premessa	97
2. La remissione alla Corte di Giustizia in materia di assegno per il nucleo familiare	98
2.1. La giurisprudenza comunitaria	102
2.2. Le questioni rimesse	106
3. Le ordinanze di remissione alla Corte costituzionale	107
4. Gli interventi della Corte costituzionale	111
5. L'assegno sociale nelle decisioni della Corte di cassazione	115
6. Le azioni antidiscriminatorie in materia di indennità di maternità e anf.	116

VII) IL DIRITTO ALLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO, GLI OBBLIGHI DELLO STATO DEBITORE E LA CONFORMAZIONE AL DIRITTO VIVENTE DELLA CORTE EDU.

(DI ANTONELLA FILOMENA SARRACINO)

1. Premessa. Il quadro normativo di riferimento e le questioni esaminate dalle Sezioni Unite	121
2. Il rapporto tra il giudizio di cognizione e quello esecutivo e l'equiparabilità fra quest'ultimo e l'ottemperanza. Il diritto alla ragionevole durata del processo e quello alla esecuzione delle decisioni interne esecutive	123
3. Le questioni ancillari: l'individuazione del momento in cui comincia la fase esecutiva e la rilevanza del termine di 120 giorni di cui all'art. 14 del d.l. n. 669 del 31 dicembre 1996, conv. dalla legge n. 30 del 28 febbraio 1997	127
4. Gli obblighi dello Stato debitore. Conclusioni	128

PARTE SECONDA

QUESTIONI APERTE IN TEMA DI NULLITÀ

VIII) NULLITÀ TESTUALI, NULLITÀ VIRTUALI, NULLITÀ SELETTIVE E NULLITÀ DI PROTEZIONE: PROFILI ANCORA APERTI IN TEMA DI NULLITÀ URBANISTICHE.

(DI VALERIA PIRARI)

1. Premessa.....	131
2. Nullità virtuali.....	133
3. Nullità di protezione.....	135
4. Le nullità urbanistiche: nullità virtuale, nullità virtuale di protezione o nullità di protezione virtuale?	141
4-a. Premessa.	141
4-b. Le nullità urbanistiche. Il contrasto tra teoria formale (c.d. nullità testuale) e sostanziale (c.d. nullità virtuale). La soluzione.	141
4-c. Profili problematici: nullità di protezione virtuale e disciplina applicabile.	148

IX) LA NULLITÀ DEL CONTRATTO D'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA PER DIFETTO DI FORMA SCRITTA TRA PROTEZIONE E BUONA FEDE

(DI ELEONORA REGGLANI)

1. Premessa.....	153
2. Il quadro normativo.	153
3. La nullità prevista dall'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 58 del 1998 secondo le Sezioni Unite.....	156
4. Gli effetti della nullità sulle operazioni eseguite.....	158
5. L'uso selettivo della nullità.	160
6. Le soluzioni interpretative offerte prima dell'intervento delle Sezioni Unite.....	161
7. Il principio di buona fede come "criterio ordinante" secondo le Sezioni Unite.....	163
8. Osservazioni di sintesi.....	167

X) IL REGIME PROCESSUALE DELLE NULLITÀ NEGOZIALI

(DI LAURA MANCINI)

1. Natura e funzione dell'azione di nullità contrattuale.....	171
2. L'interesse all'accertamento della nullità quale condizione dell'azione e criterio di determinazione della legittimazione ad agire.	173
3. La legittimazione ad agire dei contraenti.....	175
3.1. L'azione di nullità del contratto <i>inter alios</i>	178
4. La legittimazione relativa.	180
5. La rilevabilità d'ufficio.....	185
7. Il giudicato sulla nullità del contratto.....	192

XI) LA RILEVAZIONE OFFICIOSA DELLE NULLITÀ NEL DIRITTO DEL LAVORO.

(DI LUIGI DI PAOLA)

1. Premessa.....	199
2. La rilevabilità di ufficio della nullità della clausola appositiva del termine nel contratto di lavoro.....	200
3. La non rilevabilità di ufficio della nullità del licenziamento.....	202
4. Implicazioni: ammissibilità o meno della riproposizione della domanda di impugnativa in relazione a profili diversi.	204

PARTE TERZA

APPROFONDIMENTI IN TEMA DI NESSO CAUSALE E DANNO

XII) NESSO CAUSALE E INADEMPIMENTO: DA QUESTIONE PROBATORIA A DICRIMINANTE STRUTTURALE

(DI PAOLO SPAZIANI)

1. Le regole di struttura e le regole di funzione in tema di nesso causale.....	207
2. Il problema della ripartizione dell'onere della prova del nesso causale tra l'esigenza di applicazione della regola generale e quella di armonizzazione dei rimedi contro l'inadempimento.....	210
3. Il rapporto di causalità quale elemento della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento e oggetto dell'onere probatorio del creditore.....	211
4. Le obiezioni della dottrina e le possibili repliche.....	214
5. Le sentenze dell'11 novembre 2019 nn. 28991 e 28992 e la nuova rilevanza del nesso causale quale elemento distintivo strutturale di diverse fattispecie di responsabilità contrattuale in relazione al tipo di obbligazione.....	216

XIII) RAPPORTI TRA GIUDIZIO PENALE E GIUDIZIO CIVILE: IL PROBLEMA DELLA SCELTA DELLE REGOLE DI VALUTAZIONE DEL NESSO CAUSALE NEL GIUDIZIO DI RINVIO A SEGUITO DI ANNULLAMENTO DISPOSTO DALLA CASSAZIONE PENALE AI SOLI EFFETTI CIVILI AI SENSI DELL'ART. 622 C.P.P.

(DI IRENE AMBROSI)

1. Le questioni di rilevanza nomofilattica enucleate nella nota del Presidente della Terza Sezione Civile.....	221
2. La decisione n. 15859 del 2019 della Terza Sezione Civile.....	224
2.1. Il quadro ordinamentale sull'esercizio dell'azione civile nel processo penale attraverso l'esame delle fonti normative di riferimento e i principi affermati dalla Corte costituzionale in materia.....	225
2.2. L'ambito applicativo dell'art. 622 cod. proc. pen.....	231
2.3. Le questioni prospettabili e le possibili tesi ricostruttive.....	233
3. La soluzione prescelta: il giudizio di rinvio <i>ex art. 622 cod. proc. pen.</i> come giudizio autonomo, <i>sui generis</i> , restituito alla sede sua propria.....	236
4. Il principio di autonomia del giudizio di rinvio <i>ex art. 622 cod. proc. pen.</i> nei più recenti arresti della giurisprudenza civile di legittimità.....	243

XIV) LA COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO ALL'INDOMANI DELLE PRONUNCE A SEZIONI UNITE

(DI ANDREA PENTA)

1. Premessa: l'approccio metodologico delle Sezioni Unite.....	246
2. Le direttrici sottese alle pronunce delle Sezioni Unite: la pensione di reversibilità.....	247
3. L'indennizzo assicurativo.....	255
4. La rendita Inail da infortunio <i>in itinere</i>	259
5. La detraibilità dell'indennità di accompagnamento.....	264
6. Le questioni rimaste irrisolte: le spese per le prestazioni a domicilio erogate dal servizio pubblico.....	266
7. Il danno conseguente al contagio a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto.....	267
8. Un meccanismo di surrogazione o di rivalsa è sempre indefettibile?.....	269
9. Il vantaggio frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato.....	271
10. Le polizze infortuni.....	273
11. L'omogeneità dei beni.....	275

12. L'assicurazione sulla vita.....	277
13. L'indennità di malattia, la pensione di invalidità e le prestazioni assistenziali.....	277
14. La finalità solidaristica perseguita.....	279
15. Conclusioni.....	280

XV) IL DANNO *IN RE IPSA*

(DI LAURA MANCINI)

1. Il danno <i>in re ipsa</i> e la funzione della responsabilità civile.....	283
2. La nozione di pregiudizio <i>in re ipsa</i> nella teoria del danno.....	285
3. Danno conseguenza e danno <i>in re ipsa</i> nella giurisprudenza di legittimità.....	290
4. Il danno patrimoniale <i>in re ipsa</i> . Illecito anticoncorrenziale e tutela risarcitoria.....	293
4.1 Il danno da lesione della proprietà intellettuale.....	296
4.2. Il danno da lesione del diritto di proprietà e degli altri diritti reali.....	299
4.3 Danno <i>in re ipsa</i> , abuso del contratto di lavoro a termine e demansionamento.....	301
5. Danno <i>in re ipsa</i> e danno non patrimoniale.....	305

XVI) L'ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO NELLE LOCAZIONI E LA BUONA FEDE NELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

(DI IRENE AMBROSI E STEFANO PEPE)

1. Premessa.....	313
2. Strumenti di autotutela e di tutela nel rapporto di locazione. Fondamento e limiti di esercizio del diritto: eccezione di inadempimento e buona fede.....	313
3. Criteri ermeneutici di valutazione della legittimità della sospensione della prestazione sinallagmatica.....	318

PARTE QUARTA

ALCUNE QUESTIONI INTERDISCIPLINARI

XVII) IL DIVIETO DI *NE BIS IN IDEM* CONVENZIONALE NEI RECENTI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ CIVILE E PENALE

(DI PAOLO BERNAZZANI E ANDREA VENEGONI)

1. Premessa.....	323
2. Recenti pronunce in tema di <i>ne bis in idem</i> nella giurisprudenza delle sezioni civili.....	325
3. Le più recenti pronunce di legittimità in materia penale.....	331

XVIII) I RAPPORTI TRA MISURE CAUTELARI PENALI E PROCEDURE CONCORDATARIE CONCORRENTI SUI MEDESIMI BENI: LA SENTENZA *MANTOVA PETROLI* A META' STRADA TRA LA NOMOPOIESI GIURISPRUDENZIALE E LA NUOVA REGOLAZIONE LEGALE DEL TRAFFICO DELLE PRECEDENZE.

(DI RAFFAELE PICCIRILLO)

1. La decisione delle Sezioni Unite nel caso Fallimento Mantova Petroli: una revisione del presente che recupera il passato e guarda al futuro.....	343
1.1. La legittimazione processuale del curatore come risolto processuale della questione sostanziale dei rapporti tra <i>vincolo penale</i> e <i>vincolo concorsuale</i> concorrenti sui medesimi beni.....	344
1.2. L'indifferenza delle soluzioni giurisprudenziali per i contenuti della censura sollevata dal curatore contro il sequestro.....	346
2. Il precedente <i>Focarelli</i> : la visione <i>funzionalista</i> dei rapporti tra sequestro/confisca e fallimento e il riconoscimento della legittimazione del curatore.....	348
3. Il precedente <i>Uniland</i> : il disconoscimento della legittimazione del curatore come riflesso della centralità conferita ai diritti dominicali nel sistema di tutela dei terzi.....	352
3.1. L'estensibilità del principio <i>Uniland</i> oltre l'ambito del sequestro "231"......	356

4. I primi segnali di insoddisfazione della giurisprudenza per il principio <i>Uniland</i> : il riconoscimento della legittimazione del curatore a contrastare il sequestro successivo al fallimento.	358
4.1. Il riconoscimento della legittimazione del curatore a impugnare il sequestro post-fallimentare e il <i>principio di consecuzione delle procedure concorsuali</i>	362
5. Le fratture più profonde: il riconoscimento della legittimazione del curatore a impugnare anche sequestri disposti prima del fallimento.	364
6. La questione rimessa alle Sezioni Unite nel 2019 e la lettura dell'art. 618, comma 1- <i>bis</i> , cod. proc. pen.	365
7. Le ragioni del cambio di rotta.	365
7.1. La centralità degli artt. 322, 322- <i>bis</i> e 325 cod. proc. pen. e la <i>distinta fisionomia</i> dell' <i>avente diritto alla restituzione</i>	366
7.2. Il curatore fallimentare titolare di una disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata dei beni fallimentari. Conseguenze in tema di opponibilità del giudicato cautelare.	367
7.3. L'interesse concreto del curatore a contrastare il sequestro.	369
7.3.1. Le disfunzioni superate dalla decisione <i>Mantova Petroli</i>	371
7.4. Le conclusioni delle Sezioni Unite e l'art. 320 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.	373
8. La legittimazione del curatore a impugnare il sequestro di prevenzione.	375
9. Il rapporto tra sequestri penali e liquidazione giudiziale nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.	376
9.1. Prevalenza della liquidazione giudiziale sul sequestro conservativo.	377
9.2. Prevalenza incondizionata della liquidazione giudiziale sul sequestro penale impeditivo.	377
9.3. L'estensione al sequestro <i>ex art. 321 comma 2 cod. proc. pen.</i> della disciplina del Titolo IV del Libro I del Codice antimafia: ragioni dell'intervento.	379
9.3.1. L'ambito omnicomprensivo della nuova disciplina.	382
9.3.2. I contenuti della disciplina: la prevalenza procedurale del sequestro a fini di confisca.	382
9.3.3. La resistenza dei diritti di credito di fronte al sequestro finalizzato alla confisca: le condizioni sostanziali e la procedura di accertamento.	383
10. Il nuovo significato della legittimazione del curatore fallimentare a contrastare il sequestro penale.	386

VOLUME QUARTO
APPROFONDIMENTI TEMATICI
(coordinato da Paola D'Ovidio)

PARTE PRIMA

I DIRITTI DELLA PERSONA

I) IL FINE VITA E LA CONVENZIONE PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

(DI GIANLUCA GRASSO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisprudenza della Corte EDU sul diritto di morire ovvero sul dovere dello Stato di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere un aiuto a morire. - 2.1. Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*: il diritto alla vita non può essere interpretato nel senso di conferire un diritto diametralmente opposto, ossia il diritto di morire. - 2.2. Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*: il diritto alla vita privata non prevede che lo Stato debba garantire che un malato che desidera suicidarsi possa ottenere, in deroga alla legge, una sostanza letale senza prescrizione medica. - 2.3. Corte EDU, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*: il rifiuto di autorizzare una donna paralizzata a ottenere una dose letale di medicinali deve essere esaminato dall'Autorità giudiziaria. - 2.4. Corte EDU, GC, 5 giugno 2015, *Lambert e altri c. Francia*: il processo decisionale diretto a determinare l'autorizzazione alla cessazione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, qualora sia condotto scrupolosamente in conformità al quadro normativo interno, risulta conforme ai requisiti dell'art. 2. - 3. L'ordinamento interno e la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale: i riflessi della giurisprudenza della Corte EDU.

1. Premessa.

Oggetto del contributo è il tema del fine vita, così come declinato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). Partendo dall'art. 2 CEDU, che attribuisce al diritto alla vita un ruolo primario tra i diritti fondamentali, bisogna verificare se e in che limiti dalla sua esegesi possa discendere – anche attraverso la combinazione con gli altri diritti riconosciuti dalla Convenzione – il diritto di rinunciare a vivere e, dunque, un vero e proprio diritto di morire ovvero il dovere dello Stato di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere un aiuto a porre fine alla propria esistenza.

2. La giurisprudenza della Corte EDU sul diritto di morire ovvero sul dovere dello Stato di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere un aiuto a morire.

La Corte EDU è intervenuta più volte a giudicare della compatibilità delle decisioni nazionali riguardanti la richiesta di mettere fine alla vita umana rispetto agli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di trattamenti disumani e degradanti) e 8 (diritto al rispetto della vita privata) e 9 (libertà di coscienza) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Al di là delle decisioni che hanno escluso l'ammissibilità della domanda, il

primo caso in cui è stata compiutamente affrontata la questione del “diritto di morire” è *Pretty c. Regno unito*.

2.1. Corte EDU, 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno unito*: il diritto alla vita non può essere interpretato nel senso di conferire un diritto diametralmente opposto, ossia il diritto di morire.

Diane Pretty, cittadina britannica, stava per morire di sclerosi laterale amiotrofica, una malattia neurodegenerativa incurabile che causa la paralisi muscolare. Essendo la malattia giunta a uno stadio avanzato, che non aveva peraltro compromesso le sue facoltà intellettuali e decisionali, la ricorrente desiderava poter scegliere il momento e le modalità della sua morte in modo da non dover sopportare le sofferenze nella fase terminale della patologia. Pur non essendo il suicidio reato nell’ambito della legge inglese, lo stato avanzato della sua malattia le impediva di commettere questo atto senza un aiuto esterno. Tuttavia, la legge sul suicidio del 1961 incriminava l’assistenza di un’altra persona al suicidio. La signora Pretty ha chiesto allora all’Ufficio del procuratore di poter ottenere l’assistenza del marito per togliersi la vita. Il rifiuto della richiesta è stato confermato anche in sede di ricorso nel diritto interno.

Nel ricorso presentato alla Corte EDU, la ricorrente ha richiamato l’art. 2 (diritto alla vita) CEDU, sostenendo che spetta a ciascun individuo decidere se vuole vivere e che, come corollario del diritto alla vita, è garantito anche il diritto di morire. Di conseguenza, lo Stato aveva l’obbligo di modificare la legislazione interna per consentire di poter esercitare tale diritto.

Sotto altro profilo, si è sostenuto che alla luce dell’art. 3 (divieto di trattamenti disumani e degradanti), lo Stato non solo deve astenersi dall’infliggere trattamenti inumani e degradanti, ma deve anche adottare misure positive per proteggere le persone che rientrano nella sua giurisdizione da tali trattamenti. A tale proposito, l’unica misura in grado di tutelare la ricorrente sarebbe stato l’impegno dell’Ufficio del procuratore a non perseguire il sig. Pretty se avesse aiutato la moglie a suicidarsi.

La ricorrente ha inoltre sostenuto che l’art. 8 (diritto al rispetto della vita privata) riconosce il diritto all’autodeterminazione e ha considerato il rifiuto dell’Ufficio del procuratore di assumere l’impegno richiesto e l’assenza di una disposizione di legge che autorizzi il suicidio assistito come una violazione del suo diritto di esprimere le sue convinzioni, ai sensi dell’art. 9 (libertà di pensiero).

Infine, richiamando l’art. 14 (divieto di discriminazione), ha sostenuto che il divieto generale di suicidio assistito discrimina coloro che non possono suicidarsi senza assistenza, poiché le persone abili possono legalmente esercitare il diritto di morire.

Con la pronuncia del 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno unito*, la Corte EDU ha

escluso ogni violazione delle norme richiamate.

Riguardo all'art. 2 CEDU, la Corte evidenzia che la disposizione protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di uno qualsiasi degli altri diritti e libertà garantiti dalla Convenzione sarebbe illusorio (sentenza 27 settembre 1995, *McCann et altri c. Regno Unito*, §§ 146-147). Pertanto, tale disposizione non riguarda solo l'omicidio intenzionale, ma anche le situazioni in cui è consentito l'“uso della forza”, poiché tale uso può portare all'uccisione involontaria di una persona. In particolare, si è osservato che la prima frase dell'art. 2, § 1 obbliga lo Stato non solo ad astenersi dall'uccisione intenzionale e illegale di persone, ma anche ad adottare le misure necessarie per proteggere la vita delle persone che rientrano nella sua giurisdizione (sentenza 9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, § 36). Tale obbligo può anche implicare, in determinate circostanze ben definite, un obbligo positivo per le autorità di adottare misure preventive di natura pratica per proteggere la persona, la cui vita è minacciata da atti criminali altrui (sentenza 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*, § 115; sentenza 28 marzo 2000, *Kılıç c. Turchia*, §§ 62 e 76).

Nella sua giurisprudenza in materia, la Corte ha dunque costantemente sottolineato l'obbligo dello Stato di proteggere la vita. In tali circostanze, la Corte esclude che il “diritto alla vita” garantito dall'art. 2 possa essere interpretato come un aspetto negativo. L'art. 2 non può, senza distorsioni del linguaggio, essere interpretato nel senso di conferire un diritto diametralmente opposto, cioè il diritto di morire; né può creare un diritto all'autodeterminazione in quanto darebbe ad ogni individuo il diritto di scegliere la morte piuttosto che la vita.

Di conseguenza, la Corte ritiene che non sia possibile dedurre dall'art. 2 CEDU un diritto di morire, sia per mano di un terzo sia con l'assistenza di una pubblica autorità.

La Corte esclude altresì la violazione dell'art. 3 CEDU, evidenziando che il governo convenuto non ha inflitto di per sé il minimo maltrattamento alla ricorrente. Quest'ultima - come osservato dalla Corte - non ha neppure lamentato di non aver ricevuto cure adeguate da parte delle autorità mediche statali. La doglianza si concentra invece sul rifiuto dell'Ufficio del procuratore di impegnarsi a non perseguire il marito nel momento in cui l'aiutasse a suicidarsi e che il divieto penale del suicidio assistito equivale a un trattamento disumano e degradante di cui lo Stato è responsabile.

I giudici di Strasburgo, peraltro, evidenziano come la richiesta miri in realtà a conseguire una nuova e più ampia interpretazione del concetto di trattamento disumano. Se da un lato la Corte deve adottare un approccio flessibile e dinamico nell'interpretazione della Convenzione, dall'altro deve anche garantire che qualsiasi interpretazione della stessa sia coerente con gli obiettivi fondamentali perseguiti

dal trattato e preservi la coerenza che il trattato deve avere come sistema di tutela dei diritti umani. In tal senso, la Corte osserva che l'art. 3 deve essere interpretato in armonia con l'art. 2, che sancisce il divieto dell'uso della forza e di qualsiasi altro comportamento che possa causare la morte di un essere umano e non conferisce all'individuo il diritto di esigere che lo Stato permetta o faciliti la sua morte.

Ammettere un obbligo positivo in capo allo Stato equivarrebbe ad obbligare lo Stato a consentire gli atti tesi a interrompere la vita umana, obbligo che non può essere dedotto dall'art. 3 della Convenzione. La Corte conclude pertanto che tale clausola non impone allo Stato convenuto alcun obbligo positivo al riguardo.

Sull'art. 8 CEDU, si sottolinea che la nozione di "vita privata" è ampia e non suscettibile di una definizione esaustiva, riguardando sia l'integrità fisica sia quella morale dell'individuo (sentenza 26 marzo 1985, *X e Y c. Paesi Bassi*, § 22) e potendo comprendere aspetti dell'identità fisica e sociale di un individuo (sentenza 7 febbraio 2002, *Mikulić c. Croazia*, § 53).

La Corte di Strasburgo evidenzia che la ricorrente è impossibilitata per legge a esercitare la sua scelta per evitare quella che ritiene sarà una fine indegna e dolorosa della sua vita. Al riguardo, la Corte afferma di non poter escludere che ciò possa costituire una violazione del diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata ai sensi dell'art. 8, § 1. Per essere compatibile con il § 2 dell'art. 8, l'ingerenza nell'esercizio di un diritto da esso garantito deve essere "conforme alla legge", ispirata da una o più finalità legittime e necessarie in una società democratica per il loro perseguimento.

Tuttavia, secondo l'apprezzamento compiuto, l'unica questione che è emersa dalle argomentazioni delle parti è stata quella della necessità dell'interferenza lamentata e il dibattito si è incentrato sulla sua proporzionalità. La ricorrente ha attaccato, in particolare, il carattere generale del divieto di suicidio assistito.

La Corte conviene con la Camera dei Lord e con il caso *Rodriguez c. Procuratore generale del Canada*, deciso dalla Corte suprema del Canada, sul fatto che gli Stati hanno il diritto di controllare, attraverso l'applicazione del diritto penale generale, le attività pregiudizievoli per la vita e la sicurezza altrui (sentenza 19 febbraio 1997, *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, § 43). In tale prospettiva, l'art. 2 della legge del 1961 è stato concepito per preservare la vita allo scopo di proteggere le persone deboli e vulnerabili – in particolare coloro che non sono in grado di prendere decisioni consapevoli – da atti destinati a porre fine alla vita o a contribuire a porre fine alla vita. La Corte, al riguardo, osserva che molte delle persone che hanno una malattia terminale sono vulnerabili, ed è la vulnerabilità della categoria di cui fanno parte che fornisce la *ratio legis* della disposizione in questione. Gli Stati hanno dunque la responsabilità primaria di valutare il rischio di abuso e le probabili conseguenze di eventuali abusi che potrebbero derivare da un

allentamento del divieto generale di suicidio assistito o dalla creazione di eccezioni al principio, nonostante le argomentazioni addotte in merito alla possibilità di fornire salvaguardie e procedure di protezione.

La Corte ritiene che il carattere generale del divieto di suicidio assistito non sia sproporzionato. Richiamando le argomentazioni proposte dal Governo del Regno Unito si sottolinea che una certa flessibilità è resa possibile nei singoli casi: l'azione penale potrebbe essere avviata solo con l'accordo dell'Ufficio del procuratore e sarebbe prevista solo una pena massima, che consentirebbe al giudice di comminare pene minori, laddove lo ritenga opportuno. Alla Corte non sembra dunque arbitrario che la legge rifletta l'importanza del diritto alla vita, vietando il suicidio assistito e prevedendo al contempo un regime di applicazione e valutazione giudiziaria che consenta di tener conto, caso per caso, sia dell'interesse pubblico a perseguire penalmente i fatti costituenti reato sia le esigenze giuste e adeguate di punizione e deterrenza.

Tenuto conto delle circostanze del caso concreto, la Corte esclude che il rifiuto dell'Ufficio del procuratore di impegnarsi preventivamente a esonerare il marito della ricorrente dall'azione penale sia sproporzionato. Se specifiche argomentazioni, basate sullo stato di diritto, possono essere sollevate contro qualsiasi pretesa dell'esecutivo di esonerare individui o categorie di individui dall'applicazione della legge, la decisione presa nella fattispecie di rifiutare di assumere l'impegno richiesto non può essere considerata arbitraria o irragionevole.

Si ritiene, pertanto, alla luce di tali considerazioni, che l'ingerenza in questione può essere giustificata come “necessaria in una società democratica” per la tutela dei diritti degli altri. Di conseguenza, non vi è stata alcuna violazione dell'art. 8.

La violazione della Carta viene esclusa anche in relazione agli articoli 9 e 14.

La Corte osserva che non tutti i pareri o le opinioni rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 9, § 1, e che le rimostranze della ricorrente non si riferiscono ad alcuna forma di manifestazione di una religione o di un credo, insegnamento, o pratica o osservanza ai sensi del secondo periodo dell'art. 9, § 1. Il termine “pratiche” utilizzato nell'art. 9, § 1, non comprende ogni atto motivato o influenzato da una religione o da un credo. Nella misura in cui le argomentazioni della ricorrente riflettono la sua adesione al principio dell'autonomia personale, esse non sono altro che una riproposizione della denuncia ai sensi dell'art. 8. La Corte conclude pertanto che non vi è stata violazione dell'art. 9.

Sull'art. 14, infine, la Corte afferma che una differenza di trattamento tra persone che si trovano in situazioni simili o comparabili è discriminatoria se non è basata su una giustificazione obiettiva e ragionevole, ossia se non persegue uno scopo legittimo o se non esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. La discriminazione può anche verificarsi

quando uno Stato, senza una giustificazione obiettiva e ragionevole, non tratta in modo diverso persone in situazioni sostanzialmente diverse (sentenza 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], § 44).

La Corte ritiene che vi sia una giustificazione obiettiva e ragionevole per l'assenza di una distinzione giuridica tra le persone che sono fisicamente capaci di suicidarsi senza aiuto e quelle che non lo sono. Il confine tra le due categorie è spesso molto labile, e tentare di sancire per legge un'eccezione per le persone ritenute non in grado di suicidarsi comprometterebbe seriamente la protezione della vita che la legge del 1961 intendeva sancire e aumenterebbe notevolmente il rischio di abusi. Pertanto, in questo caso non vi è stata alcuna violazione dell'art. 14.

2.2. Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*: il diritto alla vita privata non prevede che lo Stato debba garantire che un malato che desidera suicidarsi possa ottenere, in deroga alla legge, una sostanza letale senza prescrizione medica.

Il caso portato dinanzi la Corte riguarda un cittadino svizzero, Ernst G. Haas, che soffre di un grave disturbo affettivo bipolare e ritiene che, di conseguenza, non possa più vivere in modo dignitoso. Dopo due tentativi di suicidio, ha provato a procurarsi una sostanza (pentobarbital di sodio) che, se somministrata in quantità sufficiente, gli avrebbe permesso di porre fine alla sua vita in modo sicuro e dignitoso. Poiché questa sostanza era soggetta a prescrizione medica, si rivolse a vari psichiatri per ottenerla, ma senza successo.

Le autorità federali e cantonali hanno respinto la sua richiesta di ottenere il pentobarbital di sodio in farmacia senza prescrizione medica, così come il Tribunale amministrativo di Zurigo, al quale è stato successivamente presentato un ricorso. Il signor Haas ha presentato ricorso alla Corte federale che, con sentenza del 3 novembre 2006, ha respinto le sue domande, ritenendo, tra l'altro, che il diritto di decidere della propria morte – che non ha messo in discussione – dovesse essere distinto dal diritto al suicidio assistito da parte dello Stato o di un terzo. Quest'ultimo, a suo avviso, non poteva essere dedotto dalla Convenzione, che non garantiva il diritto al suicidio assistito. Haas ha successivamente scritto a 170 psichiatri, esponendo il suo caso e chiedendo a ciascuno di loro se avrebbero accettato di effettuare una valutazione psichiatrica del suo caso, in vista dell'emissione di una prescrizione per il pentobarbital sodico. Nessun medico avrebbe risposto positivamente alla richiesta.

Nel richiamare la sua giurisprudenza, la Corte EDU afferma che il concetto di “vita privata” è ampio, non suscettibile di una definizione esaustiva, e che – come ritenuto nel precedente *Pretty c. Regno unito*, § 67 – la scelta del ricorrente di evitare una fine della vita indegna e dolorosa ai suoi occhi rientra nell'ambito di

applicazione dell'art. 8 della Convenzione, a condizione che sia in grado di formare liberamente la propria volontà al riguardo e di agire di conseguenza.

Tuttavia, la Corte osserva che la questione posta con il ricorso è diversa: se, ai sensi dell'art. 8, lo Stato abbia un "obbligo positivo" di garantire che il signor Haas possa ottenere senza prescrizione medica la sostanza che gli permetterà di morire in modo indolore e senza rischio di fallimento.

La Corte rileva che non esiste un consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa sul diritto di un individuo di scegliere quando e come vuole togliersi la vita.

In Svizzera, in particolare, secondo il codice penale, l'istigazione e l'assistenza al suicidio sono punibili solo se l'autore commette tali atti con un movente egoistico. Ma la grande maggioranza degli Stati membri sembra dare più peso alla protezione della vita dell'individuo (art. 2) che al suo diritto di porre fine alla sua vita (art. 8). La Corte conclude che gli Stati hanno un notevole margine di discrezionalità in questo settore (26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, § 49).

Pur ammettendo che il ricorrente possa desiderare di suicidarsi in modo sicuro, dignitoso e senza inutili sofferenze, la Corte è tuttavia del parere che l'obbligo di prescrizione medica per ottenere il pentobarbital di sodio abbia un obiettivo legittimo secondo il diritto svizzero, ovvero sia di proteggere tutte le persone da decisioni affrettate e di prevenire gli abusi. Ciò è tanto più vero in un Paese come la Svizzera, che rende relativamente facile il suicidio assistito.

La Corte ritiene che non sia possibile sottovalutare i rischi di abuso inerenti a un sistema che facilita l'accesso al suicidio assistito, condividendo l'argomentazione avanzata dal Governo svizzero secondo cui la restrizione dell'accesso al pentobarbital di sodio serve alla tutela della salute, alla sicurezza pubblica e alla prevenzione dei reati. Condivide inoltre l'opinione del Tribunale federale secondo cui il diritto alla vita obbliga gli Stati a mettere in atto una procedura per garantire che la decisione di porre fine alla propria vita corrisponda alla libera volontà dell'interessato e il requisito della prescrizione medica, rilasciata sulla base di una visita psichiatrica completa, costituisce, secondo l'apprezzamento compiuto, un mezzo per soddisfare tale requisito.

La Corte, infine, non si è convinta della circostanza che il ricorrente non sia stato in grado di trovare uno specialista disposto ad assisterlo. Di conseguenza, il diritto del ricorrente di scegliere l'ora e il modo della sua morte era solo teorico e illusorio.

Alla luce di tutte queste considerazioni, e tenuto conto del margine di discrezionalità di cui godono le autorità nazionali in materia, la Corte conclude all'unanimità che non vi è stata violazione dell'art. 8.

2.3. Corte EDU, 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*: il rifiuto di autorizzare una donna paralizzata a ottenere una dose letale di medicinali deve essere esaminato dall'Autorità giudiziaria.

Il caso riguarda un cittadino tedesco, Ulrich Koch, la cui moglie era rimasta quasi completamente paralizzata a seguito di una caduta sulle scale di fronte alla sua casa e aveva bisogno di un'assistenza respiratoria e cure mediche costanti. Ha espresso il desiderio di mettere fine alla sua vita suicidandosi e ha pertanto chiesto all'Istituto federale dei prodotti farmaceutici e medici di ottenere una dose letale di pentobarbital di sodio che le avrebbe permesso di suicidarsi in casa sua. L'Istituto ha rifiutato di concedere questa autorizzazione, ritenendo che il desiderio dell'interessata di porre fine ai suoi giorni si opponeva allo scopo della legge sugli stupefacenti, che era quello di garantire le cure mediche della popolazione.

Il signor Koch e sua moglie hanno presentato ricorso contro questa decisione ma nel frattempo la moglie del ricorrente si è suicidata in Svizzera con l'assistenza dell'associazione Dignitas. L'Istituto federale ha confermato la sua decisione.

Il sig. Koch ha presentato un ricorso per far dichiarare l'illegittimità delle decisioni dell'Istituto Federale, sostenendo che tale organismo aveva l'obbligo di concedere l'autorizzazione richiesta da sua moglie.

Sul piano dei rimedi interni, il Tribunale amministrativo di Colonia ha dichiarato il ricorso irricevibile, affermando che l'interessato non era legittimato ad agire poiché non poteva sostenere di essere vittima di una violazione dei propri diritti, ritenendo comunque che il rifiuto dell'Istituto fosse conforme alla legge. La Corte d'appello amministrativa del Land Renania Settentrionale-Vestfalia ha rigettato la domanda di autorizzazione all'appello e la Corte costituzionale federale ha dichiarato il ricorso inammissibile, considerando che il ricorrente non poteva contare su un diritto postumo della moglie alla dignità umana e che non aveva il diritto di presentare un ricorso come successore legale della sua defunta moglie.

La Corte EDU ritiene che – nel caso di specie – vi sia stata una violazione dei diritti processuali del sig. Koch ai sensi dell'art. 8, tenuto conto, in particolare, della relazione eccezionalmente stretta tra il ricorrente e sua moglie e del suo immediato coinvolgimento nell'adempimento del desiderio del coniuge di togliersi la vita.

I giudici nazionali – nonostante un *obiter dictum* del Tribunale di Colonia in cui era stato espresso il parere che il rifiuto dell'Istituto federale fosse legittimo e conforme all'art. 8 della Convenzione – hanno rifiutato di esaminare la fondatezza della domanda originariamente presentata dalla moglie, in quanto il ricorrente, una volta deceduto il coniuge, non poteva far valere alcun diritto proprio ai sensi del diritto tedesco o dell'art. 8 della Convenzione e non era legittimato a subentrare nell'azione intentata dalla moglie dopo la sua morte. Si è dunque verificata, secondo l'apprezzamento della Corte, una violazione del diritto del ricorrente ai

sensi dell'art. 8 di far esaminare la sua domanda nel merito dai tribunali nazionali.

Per quanto riguarda l'aspetto sostanziale della denuncia ai sensi dell'art. 8, la Corte ricorda che, conformemente all'oggetto e allo scopo alla base della Convenzione, come risulta dall'art. 1 della stessa, ogni Stato contraente deve assicurare nel proprio ordinamento giuridico interno il godimento dei diritti e delle libertà garantiti. È fondamentale per il meccanismo di protezione stabilito dalla Convenzione che i sistemi interni stessi rendano possibile il risarcimento delle violazioni commesse, con la Corte che esercita la sua vigilanza in conformità al principio di sussidiarietà (10 maggio 2001, *Z e altri c. Regno Unito*, § 103; 19 febbraio 2009, *A e altri c. Regno Unito* [GC], § 147). La Corte, inoltre, osserva che all'epoca, sulla base dei dati di diritto comparato, soltanto quattro degli Stati autorizzavano i medici a prescrivere una dose letale di farmaci per consentire al paziente di togliersi la vita. Di conseguenza, gli Stati parti della Convenzione erano ben lungi dall'aver raggiunto un consenso al riguardo, il che comportava che lo Stato convenuto avesse un notevole margine di discrezionalità in questo contesto.

Spettava, dunque, in primo luogo ai giudici nazionali esaminare la fondatezza della domanda del ricorrente, alla luce del principio di sussidiarietà. Di conseguenza, la Corte decide di limitarsi ad esaminare l'aspetto procedurale dell'art. 8 CEDU nel contesto del ricorso presentato.

Sulla diversa questione se il sig. Koch fosse legittimato a sostenere una violazione dei diritti della sua defunta moglie, la Corte fa riferimento a casi precedenti in cui ha concluso che l'art. 8 non era trasferibile e che le rivendicazioni ai sensi di tale articolo non potevano quindi essere accolte da un parente stretto o da un altro successore dell'interessato (26 ottobre 2000, *Sanles Sanles c. Spagna*, in cui è stata dichiarata inammissibile la richiesta della cognata di un tetraplegico deceduto che aveva presentato un'azione dinanzi ai tribunali spagnoli chiedendo che il suo medico di famiglia fosse autorizzato a prescrivergli i farmaci necessari per alleviare il dolore, l'angoscia e l'ansia causati dalla sua condizione; 28 febbraio 2006, *Thévenon c. Francia*, analogamente, ha ritenuto inammissibile il ricorso di un legatario del defunto che non era parente della ricorrente, considerando altresì che un legatario con titolo universale secondo il diritto francese non è un erede). La Corte non ritiene che le argomentazioni presentate siano sufficienti per discostarsi dalla sua giurisprudenza consolidata, per cui il sig. Koch non era legittimato ad invocare i diritti della moglie ai sensi dell'art. 8.

L'inammissibilità del ricorso a seguito del decesso del ricorrente è stata confermata anche dalla sentenza Corte EDU, GC, 30 settembre 2014, *Gross v. Svizzera*. Una donna anziana che voleva togliersi la vita e che non soffriva di alcuna patologia clinica si lamentava di non aver potuto ottenere dalle autorità svizzere l'autorizzazione a procurarsi una dose letale di farmaci per porre fine alla sua vita.

Con sentenza della seconda sezione del 14 maggio 2013, la Corte aveva constatato una violazione dell'art. 8 CEDU, sottolineando che il diritto svizzero non definiva con sufficiente chiarezza le condizioni in cui è consentito il suicidio assistito. Il caso è stato successivamente deferito alla Grande Camera su richiesta del governo svizzero.

La Grande Camera ha dichiarato inammissibile il ricorso richiamando, nella specie, l'abuso del diritto. La Corte ha infatti evidenziato di aver appreso del decesso della ricorrente soltanto a seguito delle osservazioni del governo svizzero, formulate nel 2014, e che la ricorrente aveva preso specifiche precauzioni per impedire che la notizia della morte, avvenuta nel 2011, fosse rivelata al suo avvocato e, in ultima analisi, alla Corte, al fine di evitare che quest'ultima ponesse fine al procedimento.

2.4. Corte EDU, GC, 5 giugno 2015, Lambert e altri c. Francia: il processo decisionale diretto a determinare l'autorizzazione alla cessazione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, qualora sia condotto scrupolosamente in conformità al quadro normativo interno, risulta conforme ai requisiti dell'art. 2.

I ricorrenti sono i genitori, fratellastro e sorella di Vincent Lambert, che, vittima di un incidente stradale nel 2008, ha subito un trauma cranico che lo ha lasciato tetraplegico.

Il Consiglio di Stato francese, alla luce dei risultati di una visita medica effettuata da un gruppo di tre medici, ha ritenuto legittima la decisione assunta dal medico responsabile di Vincent Lambert di interrompere l'alimentazione e l'idratazione artificiale di quest'ultimo. I ricorrenti hanno sostenuto che la cessazione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale sarebbe stata contraria agli obblighi dello Stato ai sensi dell'art. 2 CEDU. L'art. 2, infatti, impone allo Stato non solo l'obbligo di astenersi dal causare la morte "intenzionalmente" (obblighi negativi), ma anche di adottare le misure necessarie per proteggere la vita delle persone che rientrano nella sua giurisdizione (obblighi positivi).

La Corte, con pronuncia resa a maggioranza e in presenza di opinioni dissenzianti, ha escluso l'esistenza di una violazione dell'art. 2 in caso di attuazione della decisione del Consiglio di Stato.

Sul piano della legittimazione, la Corte ha rilevato che, se la vittima diretta non è in grado di esprimersi, diversi suoi parenti stretti desiderano parlare a suo nome, pur presentando punti di vista diametralmente opposti. Spetta alla Corte stabilire se vi siano circostanze in cui una domanda possa essere presentata in nome e per conto di una persona vulnerabile.

La Corte, innanzitutto, ritiene che non sia applicabile nel caso di specie la

giurisprudenza relativa alle domande presentate per conto di persone decedute, poiché Vincent Lambert all'epoca non era morto, ma si trovava in una condizione qualificata dalla perizia medica come stato vegetativo.

Si esclude, inoltre, che sussista nel caso di specie una delle cause in base alle quali la Corte ha eccezionalmente accettato che una persona possa agire per conto di un'altra. La Corte ricorda che nel caso *Koch* (19 luglio 2012, *Koch c. Germania*, § 43) il ricorrente ha sostenuto che le sofferenze della moglie e le circostanze finali della sua morte lo avevano colpito in misura tale da costituire una violazione dei suoi stessi diritti ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Tuttavia, i giudici di Strasburgo evidenziano che tali criteri non siano applicabili nel caso di specie, poiché Vincent Lambert non è deceduto e i ricorrenti intendono presentare un ricorso a suo nome.

Sulla possibilità che un terzo, eccezionalmente, possa agire in nome e per conto di una persona vulnerabile, la Corte richiama i due criteri principali che hanno consentito intervento in sostituzione, ovvero che vi sia il rischio che i diritti della vittima diretta siano privati di una protezione efficace e vi sia l'assenza di un conflitto di interessi tra la vittima e il richiedente.

Riguardo al primo criterio, la Corte esclude che nel caso in esame i diritti di Vincent Lambert possano essere privati di una protezione efficace, giacché, in conformità alla sua giurisprudenza consolidata, i ricorrenti, in qualità di parenti di Vincent Lambert, possono invocare dinanzi alla Corte, in nome proprio, il diritto alla vita tutelato dall'art. 2.

Sul possibile conflitto di interessi, si evidenzia che uno degli aspetti più importanti del procedimento interno è stato quello di determinare la volontà della persona vulnerabile e che sulla base di alcune testimonianze espresse i medici si sono determinati a ritenere che Vincent Lambert avrebbe espresso la volontà, prima dell'incidente, di non voler continuare a vivere nelle condizioni in cui poi si sarebbe trovato e che, pertanto, non poteva esservi una convergenza di interessi tra ciò che i ricorrenti hanno espresso e ciò che Vincent Lambert avrebbe voluto.

Alla luce della sua giurisprudenza, la Corte conclude che i ricorrenti non hanno la facoltà di proporre reclamo ai sensi degli articoli 2, 3 e 8 CEDU in nome e per conto di Vincent Lambert.

La Corte, tuttavia, ritiene che i ricorrenti, in qualità di familiari di Vincent Lambert, possano direttamente invocare l'art. 2 per proprio conto perché se, all'epoca, Vincent Lambert era vivo, altrettanto certo era che se l'alimentazione e l'idratazione artificiale fossero state interrotte, la sua morte sarebbe avvenuta in un breve lasso di tempo.

Con riferimento all'esegesi dell'art. 2, la Corte ricorda che tale norma impone allo Stato non solo l'obbligo di astenersi dal causare "intenzionalmente" la morte

(obblighi negativi), ma anche di adottare le misure necessarie per proteggere la vita delle persone che rientrano nella sua giurisdizione (obblighi positivi) (9 giugno 1998, *L.C.B. c. Regno Unito*, § 36).

Partendo dal presupposto di una distinzione tra la morte inflitta volontariamente e l'astensione dal trattamento, la Corte evidenzia che nell'ambito della legislazione francese, che vieta l'inflizione deliberata di morte e consente solo in alcune circostanze specifiche la cessazione o il rifiuto di trattamenti a vita, ritiene che la causa non riguarda gli obblighi negativi dello Stato ai sensi dell'art. 2 ma soltanto le doglianze dei ricorrenti nel contesto degli obblighi positivi dello Stato.

La Grande Camera, richiamando la propria giurisprudenza, sottolinea di non essersi mai pronunciata sulla questione oggetto del presente ricorso, pur avendo affrontato una serie di casi che riguardano problemi correlati.

Un primo ambito riguarda il caso in cui i richiedenti o i loro parenti hanno invocato il diritto di morire sulla base di diversi articoli della Convenzione.

Nella decisione del 26 ottobre 2000, *Sanles Sanles c. Spagna*, la ricorrente, a nome di suo cognato, un tetraplegico che desiderava morire con l'assistenza di terzi e che è morto prima della presentazione della domanda, ha rivendicato il diritto ad una morte dignitosa, invocando gli articoli 2, 3, 5, 6, 8, 9 e 14 CEDU. La Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile sulla base della qualità del ricorrente.

Nel caso *Pretty*, riguardante la ricorrente che soffriva di una malattia neurodegenerativa terminale incurabile, lamentando che il marito non poteva assisterla nel suicidio senza essere perseguito dalle autorità del Regno Unito, la Corte ha escluso che vi sia stata una violazione degli artt. 2, 3, 8, 9 e 14 CEDU.

La Corte richiama altresì il caso *Haas*, in cui il ricorrente, che da tempo soffriva di un grave disturbo affettivo bipolare, desiderava togliersi la vita e lamentava di non poter ottenere la sostanza letale necessaria a tale scopo senza una prescrizione medica, e ove è stato escluso che vi sia stata violazione dell'art. 8.

Nel caso *Koch*, il riconoscimento della violazione dell'art. 8 è avvenuto limitatamente ai profili procedurali, a seguito del rifiuto dei giudici nazionali di esaminare nel merito le denunce riguardanti il rifiuto di consentire alla moglie (paralizzata e in ventilazione artificiale) di ottenere una dose letale di farmaci che le permettessero di togliersi la vita.

Altro gruppo di casi concerne la somministrazione o l'interruzione del trattamento.

Nel caso *Glass c. Regno unito*, i ricorrenti si sono lamentati della somministrazione, senza il loro consenso, della diamorfina al loro bambino malato da parte dei medici dell'ospedale e della menzione "non rianimare" nella cartella clinica. Nella decisione del 18 marzo 2003, la Corte ha dichiarato manifestamente

infondata la loro denuncia ai sensi dell'art. 2 della Convenzione e, nella sentenza del 9 marzo 2004, ha riscontrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Nel caso di *Burke contro Regno Unito* del 11 luglio 2006, il ricorrente soffriva di una malattia neurodegenerativa incurabile ed era preoccupato che le linee guida applicabili nel Regno Unito potessero portare alla cessazione della sua idratazione artificiale e della sua nutrizione a tempo debito. La Corte ha dichiarato il ricorso – basato sugli articoli 2, 3 e 8 della CEDU – inammissibile per manifesta infondatezza.

Nella decisione del 16 dicembre 2008, *Ada Rossi e altri contro l'Italia*, la Corte ha dichiarato inammissibile, in ragione della natura della parte ricorrente, l'istanza presentata da singoli e associazioni che lamentavano gli effetti negativi, ai sensi degli articoli 2 e 3 CEDU, che avrebbe potuto avere nei loro confronti l'esecuzione di una sentenza della Corte di cassazione italiana che autorizzava la cessazione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale di una ragazza in stato vegetativo.

Riassumendo le risultanze che possono derivare dall'analisi della giurisprudenza richiamata, la Corte sottolinea che, ad eccezione delle violazioni dell'art. 8 delle sentenze *Glass* e *Koch*, non ha mai riscontrato una violazione della Convenzione in nessuno di questi casi.

La Corte ritiene che non vi sia consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa sull'ammissibilità dell'interruzione delle cure che sostengono artificialmente la vita, anche se la maggioranza degli Stati sembra permetterlo. Un consenso vi è tuttavia sul ruolo fondamentale della volontà del paziente nel processo decisionale. Di conseguenza, la Corte ritiene che, in questo settore, che tocca la fine della vita, gli Stati debbano disporre di un margine di discrezionalità, non solo per quanto riguarda la possibilità di consentire o meno la cessazione delle cure che prolungano la vita e le modalità della loro esecuzione, ma anche per quanto riguarda il modo in cui viene trovato un equilibrio tra la tutela del diritto alla vita del paziente e quella del diritto al rispetto della sua vita privata e della sua autonomia personale.

Tenuto conto della legislazione francese, la Corte ha ricordato che, nelle circostanze del caso, spettava in primo luogo alle autorità nazionali verificare la conformità della decisione di interrompere il trattamento con il diritto nazionale e con la CEDU, e stabilire la volontà del paziente in conformità con il diritto nazionale. Il compito della Corte è quello di esaminare il rispetto da parte dello Stato dei suoi obblighi positivi ai sensi dell'art. 2 della Convenzione. In tal senso, è stato ritenuto che il quadro legislativo previsto dal diritto interno, come interpretato dal Consiglio di Stato, e il processo decisionale condotto nel caso concreto – articolato attraverso l'acquisizione di pareri dei più alti organismi

nazionali nel settore della medicina dell'etica, perizie mediche, testimonianze – fossero conformi ai requisiti dell'art. 2, anche se i ricorrenti non erano d'accordo con il suo esito, poiché né l'art. 2 né la sua giurisprudenza possono essere interpretati nel senso di imporre obblighi in merito alla procedura da seguire per raggiungere un eventuale accordo sull'interruzione del trattamento o sulla sua prosecuzione.

Per quanto riguarda i rimedi giurisdizionali a disposizione delle ricorrenti, la Corte ha concluso che la causa era stata oggetto di un esame approfondito in cui tutti i punti di vista erano stati espressi e tutti gli aspetti erano stati attentamente ponderati, sia alla luce di dettagliate perizie mediche sia di osservazioni generali delle più alte autorità mediche ed etiche. La Corte conclude che le autorità nazionali hanno rispettato i loro obblighi positivi ai sensi dell'art. 2 CEDU, tenuto conto del margine di discrezionalità di cui dispongono nel caso di specie, e che non vi sarebbe violazione dell'art. 2 se la decisione del Consiglio di Stato del 24 giugno 2014 fosse attuata.

Riguardo agli ulteriori motivi di doglianza, la Corte ritiene assorbiti i motivi di ricorso sollevati in relazione all'art. 8, mentre quelli proposti con riferimento all'art. 6, § 1, sono stati ritenuti infondati nella misura in cui sono stati già trattati sotto l'angolo dell'art. 2.

3. L'ordinamento interno e la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale: i riflessi della giurisprudenza della Corte EDU.

Nell'ordinamento interno, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 242 del 2019 Usu cui v. anche *sub* § II e III), si è pronunciata sulla questione della compatibilità dell'art. 580 c.p. *«nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio»*, per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 13, comma 1, e 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU.

La Corte, con una motivazione articolata, a fronte dell'inerzia del Parlamento, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della citata sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui alla motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli,

sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

La Corte d'assise di Milano, con ordinanza del 14 febbraio 2018, aveva dubitato della legittimità costituzionale della norma censurata, anzitutto nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio anche quando esse non abbiano contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima. Per quanto qui di interesse, riguardo ai precedenti della Corte EDU, la corte milanese aveva individuato una evoluzione nella giurisprudenza di Strasburgo, il cui approdo finale sarebbe rappresentato dall'esplicito riconoscimento, sulla base degli artt. 2 e 8 CEDU, del diritto di ciascun individuo «*di decidere con quali mezzi e a che punto la propria vita finirà*».

Sotto questo profilo, la Corte costituzionale – pur giungendo a dichiarare assorbita l'ulteriore questione sollevata in via principale per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU – esclude che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima, possa di per sé ritenersi in contrasto con la Costituzione, alla luce del diritto alla vita, così come riconosciuto, quale presupposto per l'esercizio di tutti gli altri, dall'art. 2 Cost. (sentenza n. 35 del 1997) e dall'art. 2 CEDU.

Richiamando la sua ordinanza n. 207 del 2018, la Corte costituzionale conferma il principio, da tempo affermato dalla Corte EDU (sentenza 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*), proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio, secondo cui dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU, non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto di morire.

Analogamente, si esclude che da un generico diritto all'autodeterminazione individuale, riferibile anche al bene della vita, possa desumersi la generale inoffensività dell'aiuto al suicidio.

A sostegno di tale lettura, si pone, secondo la Corte costituzionale, la necessità di tutelare le persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio, così come la necessità di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere. Tali considerazioni vengono fatte discendere non solo dalla lettura degli artt. 2 e 13, primo comma, Cost. ma anche dall'art. 8 CEDU, il quale sancisce il diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU.

A fronte di tale premessa generale, del tutto in linea con la giurisprudenza di Strasburgo richiamata nei paragrafi precedenti, la Corte costituzionale giunge

successivamente a circoscrivere l'area di illegittimità dell'art. 580 c.p. alle situazioni in cui l'indiscriminata repressione penale dell'aiuto al suicidio, prefigurata dalla norma, entra in frizione con gli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost.

Al di là di uno specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, inserendosi con funzioni di supplenza del legislatore, nell'ambito di discrezionalità propria di ciascun ordinamento, la Corte costituzionale individua quei casi nei quali venga agevolata l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Riguardo a tali situazioni, in assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, la Corte costituzionale ha individuato i requisiti procedurali (modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, modalità equivalenti), quali condizioni per la non punibilità dell'aiuto al suicidio prestato a favore di persone che versino nelle situazioni indicate.

Il successivo, auspicabile, intervento del legislatore consentirà di definire con maggiore compiutezza la disciplina della materia anche alla luce della richiamata giurisprudenza della Corte EDU che, nel rispetto della discrezionalità del legislatore, afferma che, in linea di principio, il diritto alla vita non può essere interpretato nel senso di conferire un diritto diametralmente opposto, ossia il diritto di morire.

II) DAL DIRITTO DI SCEGLIERE O RIFIUTARE UN DETERMINATO TRATTAMENTO SANITARIO SECONDO L'ART. 32, COMMA 2, COST., AL PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE IN ORDINE ALLA PROPRIA VITA E ALLA PROPRIA FINE: LA LEGGE 22 DICEMBRE 2017 N.219

(DI IRENE AMBROSI)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Consenso libero e informato al trattamento sanitario: evoluzione e limiti. Entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219 – 3. Disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T). – 4. Pianificazione delle cure condivisa (P.C.C.) – 5. Diritto al consenso informato come ineliminabile presidio dell'autodeterminazione: la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale – 6. Indicazioni nomofilattiche in tema di consenso informato in ambito sanitario quale fonte della responsabilità civile.

1. Premessa.

La legge 22 dicembre 2017 n. 219 ha regolato l'istituto del consenso libero e informato in materia di trattamento terapeutico, espressamente radicandolo sui principi costituzionali e sovranazionali ed in particolare sugli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e sugli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Anzitutto si afferma la tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona all'interno della relazione di cura e fiducia tra medico e paziente nella quale si incontrano la competenza professionale e la responsabilità dell'uno e l'autonomia decisionale dell'altro (art. 1, comma 2), solennemente ribadendo il precetto costituzionale secondo cui nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito, se privo di consenso, tranne nei casi espressamente previsti dalla legge (art. 1, comma 1).

L'*iter* parlamentare assai travagliato della disciplina normativa in commento, durato quasi un decennio¹, costituisce esempio emblematico delle difficoltà con le quali la società affronta le difficili questioni bioetiche e di biodiritto che agitano sia a livello giuridico sia, più in generale, a livello filosofico e sociale, l'opinione pubblica, nel difficile bilanciamento tra diritti nascenti dal progresso della scienza e quelli tradizionali posti in crisi da quest'ultima ².

¹ Ma occorre risalire al 1984, anno in cui il socialista Loris Fortuna presentò una proposta di legge per la liberalizzazione dell'eutanasia.

² In proposito, v. G.M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un cauto passo avanti*, Cass. pen., 2018, 2302 e ss. V. inoltre A. GAMBINO, *Il fine vita: tra dato biologico e atto umano*, DMT on line, 09, 2019. L'A. in proposito osserva «Lo stretto legame esistente tra “dato biologico” e “atto umano”, espressioni che ben descrivono, nell'orizzonte giuridico, l'interdipendenza tra fattori oggettivi (la scienza) e soggettivi (libertà, autodeterminazione). Merita anche attenzione il potere tecnologico, il potere della tecnica che

L'adozione di criteri appaganti per sciogliere le questioni che derivano dall'urgenza e dalla complessità di alcune scelte destinate a preservare l'esistenza della persona o a segnarne la fine, ha costituito e costituisce l'anelito di ogni tentativo di governo giuridico della materia ispirato ai principi di eguaglianza ed autonomia, ricompresi nel concetto della dignità umana, tanto da far ritenere che «la morte sembra racchiudere l'estremo tentativo» di attingere a quei principi come «approdo o fallimento dell'inesausta ricerca»³.

2. Consenso libero e informato al trattamento sanitario: evoluzione e limiti. Entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219.

Ancora prima dell'emanazione della legge in esame, il consenso informato è stato considerato, pacificamente, presupposto di legittimità di ogni intervento sanitario sia dalla giurisprudenza costituzionale sia da quella di legittimità che di merito.

In particolare, la Corte costituzionale ha affermato che il consenso informato costituisce un vero e proprio diritto della persona assicurato dal principio costituzionale, garantito dalla riserva di legge, secondo cui “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario, se non per disposizione di legge”(art. 32 Cost.)⁴.

Nel caso “Welby”, il Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Roma ha ritenuto che «il rifiuto di una terapia (...) costituisce un diritto costituzionale garantito e già perfetto, rispetto al quale sul medico incombe, in ragione della professione esercitata e dei diritti e doveri scaturenti dal rapporto terapeutico instauratosi con il paziente, il dovere giuridico di consentirne l'esercizio, con la conseguenza che se il medico, in ottemperanza a tale dovere, contribuisse a determinare la morte del paziente per l'interruzione di una terapia salvavita, egli non risponderebbe penalmente del delitto di omicidio del consenziente, in quanto avrebbe operato alla presenza di una causa di esclusione del reato e segnatamente di quella prevista dall'art.51 c.p.»⁵.

incide sia sul dato biologico (si pensi alle recenti risultanze delle neuroscienze), sia sull'agire umano, poiché quest'ultimo è fortemente connotato dall'evoluzione tecnologica, tanto che dimensioni ieri impensabili oggi sono divenute realtà decisamente concrete».

³ La bella riflessione, sopra riportata, chiude il saggio di P. RESCIGNO, *La fine della vita umana*, già in Riv. dir. civ., 1982, 634 e ss. e in *Il diritto e la vita materiale*, Atti del Convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei, Roma 1984, 189 ss., ora in *Danno da procreazione e altri scritti tra etica e diritto*, Milano 2006, 207.

⁴ Cfr. Corte cost. sentenze n. 438 del 2008 e n. 259 del 2009.

⁵ Tribunale di Roma, Giudice per le indagini preliminari, 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049, in Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 437 Il G.U.P. pronunciò il “non luogo a procedere” avendo accertato che nel caso di specie, il medico aveva bensì posto in essere una condotta inquadrabile, sul piano oggettivo e soggettivo, nel reato di cui all'art.579 c. p., ma lo aveva fatto «dopo aver verificato la presenza di tutte quelle condizioni che hanno legittimato l'esercizio del diritto da parte della vittima di sottrarsi ad un

Nel caso “Englaro”, la Corte di cassazione ha ribadito che «la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto della libertà dell’individuo e un mezzo per il miglioramento dei suoi migliori interessi»⁶.

Nel caso “Piludu”, il Giudice tutelare del Tribunale di Cagliari⁷ ha ritenuto doversi accogliere la richiesta di interruzione del trattamento medico di sostegno vitale nell’ipotesi di consapevole e libera espressione della volontà del paziente di sospendere le terapie.

D’altro canto, richiami specifici al consenso informato sono presenti nella normativa interna risalente agli anni 60’ e 70’ del 900’⁸ e contenuti anche nel codice di deontologia medica ove è previsto che il medico deve adeguare la comunicazione alle capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale al fine di assicurare un’informazione autentica⁹.

Va pure ricordato che il rilievo del consenso informato ha trovato considerazione e riconoscimento in ambito internazionale nella Convenzione del Consiglio di Europa per la protezione dei diritti dell’uomo e della dignità dell’essere umano, sottoscritta ad Oviedo il 4 aprile 1997; difatti, nell’art. 5 è

trattamento sanitario non voluto».

⁶ Cfr. Corte Cass. Sez. 1, 16 ottobre 2007, n. 21748, Giusti, Rv. 598963-01. Il principio di diritto affermato nell’occasione dalla Corte è il seguente: «ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al modo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione e idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l’applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell’interesse del paziente) unicamente in presenza dei seguenti presupposti: a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli *standards* scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero della sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l’idea stessa di dignità della persona. Ove l’uno o l’altro presupposto non sussistano, il giudice deve negare l’autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa». Tra i commenti, cfr. tra tanti, da ultimo, R.CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana?* Roma, 2019, il quale autore ritiene che l’emblematico “caso Englaro” determinò una tensione fortissima tra Governo e Legislatore, da un lato, e potere giudiziario, dall’altro, e costituì la radice fondante della legge n. 219 del 2017.

⁷ Tribunale di Cagliari, Ufficio del Giudice tutelare, decreto 16 luglio 2016.

⁸ La legge n. 458 del 1967 in materia di trapianto di reni tra viventi; la legge n. 592 del 1967 in materia di raccolta conservazione e distribuzione di sangue umano; la legge n. 194 del 1978 in materia di interruzione della gravidanza; la legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, la quale, dopo avere premesso, all’art. 1, che «La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», sancisce, all’art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

⁹ Art.35 del Codice di Deontologia Medica.

statuito che “un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia accordato il proprio consenso libero e informato”.

In ambito nazionale, particolare rilievo assume la legge 15 marzo 2010, n. 38 recante un *corpus* di disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore aventi come scopo, tra l'altro, anche - art. 1, comma 3, lett. a) - la tutela "della dignità e dell'autonomia del malato, senza alcuna discriminazione”.

Di recente, in proposito, la Corte di cassazione ha sottolineato come la circostanza che l'istituto del consenso informato abbia trovato espressa previsione nelle fonti eurounitarie ed internazionali (art. 3, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 5 Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina) rispetto a trattamenti terapeutici risalenti non può essere invocata per sostenere l'inesistenza, in epoca antecedente, dello specifico obbligo del medico di informare correttamente il paziente della tipologia e modalità delle cure, dei benefici conseguibili, dei possibili effetti indesiderati e del rischio di complicanze anche peggiorative dello stato di salute ¹⁰.

Dall'esame delle fonti citate e dalle decisioni giurisprudenziali sinteticamente richiamate possono essere enucleati i *limiti* posti al *consenso informato*: anzitutto, la *libera e consapevole volontà* del soggetto, in secondo luogo, *l'oggetto del diritto* su cui la volontà può manifestarsi ed infine, la *natura della condotta* del medico.

Quanto al primo limite, va sottolineato che se il trattamento sanitario presuppone necessariamente il consenso informato del paziente, anche il rifiuto deve essere con certezza riconducibile alla sua consapevole volontà; in tale ambito, sia il consenso sia il dissenso al trattamento sanitario presuppongono che la consapevole e libera scelta sia riconducibile alla volontà personale del soggetto e non a quella altrui, che tale volontà sia maturata ed espressa al riparo da costrizioni e da condizionamenti e sia raggiunta la piena consapevolezza delle sue conseguenze.

Quanto al secondo, volto a circoscrivere l'oggetto del diritto di esprimere il consenso o il rifiuto, esso viene ancorato ai trattamenti sanitari e alle terapie mediche senza potersi ritenere esteso ad altre prestazioni che non rientrano in tale categoria¹¹.

Con riferimento all'ultimo limite, è stato evidenziato che, con particolare riguardo al rifiuto delle cure, la condotta del medico deve essere di tipo omissivo e non già di tipo commissivo, posto che altrimenti potrebbero profilarsi pratiche di

¹⁰ Corte cass., sez. 3, n. 28985 del 2019, Olivieri, Rv. 656134 - 01.

¹¹ Nella sentenza “Englaro”, cit, la Corte di cassazione aveva ritenuto, in assenza di specifiche indicazioni normative, che l'alimentazione artificiale e l'idratazione integrano un trattamento sanitario in quanto attivate da medici con il supporto di tecnologie specifiche.

eutanasia attiva, senz'altro vietata, con conseguente responsabilità del medico medesimo per omicidio del consenziente: ipotesi in cui il medico sia chiamato ad una attività positiva, consistente, ad esempio, nello spegnimento o distacco del ventilatore polmonare ¹².

In questo complesso quadro di questioni e di diversità di livelli di tutele, si inserisce dunque il testo normativo in commento nel quale vengono recepite le caratteristiche principali dell'istituto del consenso informato per come già enucleate dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie.

Anzitutto, viene previsto che: “ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo e aggiornato e a lei comprensibile della diagnosi della prognosi e dei benefici dei rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi”; viene altresì garantito al paziente “il diritto di rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero di indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole” (art. 1 comma 3).

Inoltre, il consenso come il rifiuto di ricevere le informazioni è acquisito nei modi o con gli strumenti alle condizioni del paziente, va documentato in forma scritta o attraverso video registrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare ed in qualunque forma venga espresso, si dispone che venga inserito nella cartella clinica o nel fascicolo elettronico sanitario (art 1, comma 4).

Viene altresì stabilito che ogni persona capace ha sia il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o accertamento sanitario, sia il diritto di revocare il consenso prestato, in ogni momento, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento, chiarendo altresì che nell'ambito dei trattamenti sanitari ricompresi nella disciplina vanno annoverati sia la nutrizione artificiale sia l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici (art. 1, comma 5).

Di grande rilievo la previsione con cui si prescrive al medico, nei casi in cui il paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, «di astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati», versione giuridica, inedita, della nozione comunemente nota con l'espressione “accanimento terapeutico” (art. 2

¹² Come nel caso “Welby”, cit.

comma 2). Va notato che la rubrica di quest'ultima disposizione richiama il concetto di *dignità* quale canone primario posto a presidio della centralità della persona, così come riconosciuto dalla Costituzione e dalle Carte dei diritti fondamentali sovranazionali e ricostruito dalla dottrina come argine al rapporto tra diritto e scienza nelle vicende dell'espressione del consenso nella fase finale della vita ¹³.

3. Disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.).

La legge in commento ha introdotto l'istituto del consenso informato anche in relazione alla disciplina delle disposizioni anticipate di trattamento (cd. D.A.T.) e di quelle volte alla pianificazione anticipata e condivisa di cure (cd. P.A.C.)

Mediante le D.A.T. viene riconosciuta ad *ogni persona* maggiorenne e capace di intendere e volere, "in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte", la possibilità di "esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari" ovvero il consenso o il rifiuto rispetto ad "accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari"(art. 4, comma 1), ivi compresi, nutrizione e idratazione artificiali (come precisato *sub* art. 1, comma 5), sia di nominare, al medesimo scopo, un *fiduciario*, stabilendo, nel contempo, che tali direttive anticipate sono "rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento" (art. 4, comma 3).

A proposito del diritto di espressione *ex ante* e della considerazione *ex post* delle volontà terapeutiche del paziente, la Suprema Corte, nell'ambito della responsabilità medico-sanitaria, ha già affermato che nel caso di colpevoli ritardi nella diagnosi di patologie ad esito infausto, l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio recato alla integrità fisica del paziente (privato, in ipotesi, della possibilità di guarigione o, in alternativa, di una più prolungata - e qualitativamente migliore - esistenza fino all'esito fatale), ma include la perdita di un *vantaglio* di opzioni, con le quali affrontare la prospettiva della fine ormai prossima, ovvero "non solo l'eventuale scelta di procedere (in tempi più celeri possibili) all'attivazione di una strategia terapeutica, o la determinazione per la possibile ricerca di alternative d'indole meramente palliativa, ma anche la stessa decisione di vivere le ultime fasi della propria vita nella cosciente e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico (senza ricorrere all'ausilio di alcun intervento medico) in attesa della fine", giacché, tutte queste scelte "appartengono, ciascuna con il proprio valore e la propria dignità, al novero delle alternative

¹³ S. RODOTÀ, La vita e le regole. Tra diritto e non diritto, Milano, 2006, 250 e ss.

esistenziali" ¹⁴. Ha osservato, inoltre, che l'autodeterminazione del soggetto chiamato alla "più intensa (ed emotivamente pregnante) prova della vita, qual è il confronto con la realtà della fine" non è, dunque, priva di riconoscimento e protezione sul piano normativo, e ciò qualunque siano le modalità della sua esplicazione: non solo il ricorso a trattamenti lenitivi degli effetti di patologie non più reversibili, ovvero, all'opposto, la predeterminazione di un percorso che porti a contenerne la durata, ma anche la mera accettazione della propria condizione, perché "anche la sofferenza e il dolore, là dove coscientemente e consapevolmente non curati o alleviati, acquistano un senso ben differente, sul piano della qualità della vita, se accettati come fatto determinato da una propria personale opzione di valore nella prospettiva di una fine che si annuncia (più o meno) imminente, piuttosto che vissuti, passivamente, come segni misteriosi di un'inspiegabile, insondabile e angosciante, ineluttabilità delle cose" ¹⁵.

La disciplina in esame fissa due requisiti per l'esercizio del diritto di esprimere le disposizioni anticipate di trattamento, da un lato, *la futura eventuale incapacità di autodeterminarsi del soggetto* e, dall'altro, *l'aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle proprie scelte* (art. 4, comma 1).

Rispetto al primo requisito, relevantissima è la previsione secondo cui le D.A.T. sono vincolanti per il medico "il quale è tenuto al rispetto" di esse (art. 4 comma 5), ragion per cui le D.A.T. vengono considerate *atti dispositivi*, sempre *revocabili e vincolanti*, espressione della *volontà* del soggetto destinata a restare ferma per il tempo in cui potrebbe non essere capace di esprimerla più. Da questo carattere dispositivo della volontà del soggetto proiettata nel futuro, la dottrina ha tratto una suggestiva assonanza col regime delle disposizioni testamentarie patrimoniali con le quali il *de cuius* "dispone per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse" (art. 587 c.c.), sottolineando però che l'assonanza "si ferma qui" ¹⁶ tenuto conto della principale differenza data dalla circostanza che le disposizioni sui trattamenti sanitari avranno efficacia *durante la vita* della persona, potenziandone la volontà in caso di incapacità di autodeterminarsi.

¹⁴ In tal senso, Corte Cass. Sez. 3, 23 marzo 2018, n. 7260, Dell'Utri, Rv. 647957 - 01; conforme Corte Cass. Sez. 3 14 aprile 2019, n. 10424 Guizzi, Rv. 653581 - 01.

¹⁵ Così ancora Corte Cass. Sez. 3, n. 7260 del 2018, Dell'Utri, cit.

¹⁶ G.CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, II ed., I, 465 e ss. il quale ricorda l'iniziativa di alcuni studiosi (tra cui si segnalano G. ALPA, E. ROPPO, I SANGUINETTI, P. VITO e altri) che si fecero promotori al Convegno di Bioetica, tenutosi a Roma nel marzo del 1990, di una proposta di legge volta all'introduzione di una disciplina normativa che consenta ai privati, mediante un documento, di manifestare la loro volontà in ordine ai limiti agli eventuali trattamenti terapeutici che si rendessero necessari per il loro mantenimento in vita, in caso di malattia allo stadio terminale. Cfr. inoltre, da ultimo, R.MASONI, Il principio di autodeterminazione in materia medico-sanitaria nelle D.A.T. e nelle P.C.C., di cui alla l. n. 219 del 2017, Dir. famiglia e delle persone, 2019, 346;

Quanto al secondo requisito, secondo cui la persona può esprimere le proprie disposizioni dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche riguardo le conseguenze delle proprie scelte, da esso può dedursi che le D.A.T. possono essere compilate, a prescindere dall'insorgenza della malattia, e che la capacità di esprimere la scelta non è limitata al solo soggetto malato, ma consentita anche a quello che malato non è ancora; in tale ipotesi, la dottrina osserva, criticamente e non a torto, che un individuo sano potrebbe esprimere una volontà aspecifica, non attinente al suo futuro stato patologico, imprecisa, non meditata o, peggio, espressa senza adeguata ponderazione mediante la mera sottoscrizione di moduli o prestampati¹⁷.

La stessa disciplina, per ovviare a tali evenienze, consente al medico di disattendere, in tutto o in parte, la D.A.T. allorquando sia “palesamente incongrua o non corrispondente alla condizione attuale del paziente ovvero perché sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita” (così nell'art. 4, comma 5).

I requisiti di validità dell'esercizio del diritto presuppongono un paziente, pur fisicamente impedito, nondimeno, capace di autodeterminarsi e di comunicare la sua volontà¹⁸.

Gli stessi requisiti pongono, viceversa, questioni delicate, nelle ipotesi in cui, il paziente si trovi in stato vegetativo permanente o comunque in stato di completa incoscienza¹⁹ ovvero si trovi in uno stato temporaneo di incapacità dovuto alla minore età o ad altre cause.

La disciplina in commento consente al paziente di indicare nella D.A.T. un “fiduciario”, il quale ne “fa le veci” e lo “rappresenta” nelle “relazioni con il medico e con le strutture sanitarie” (art. 4 comma 1) secondo le volontà che il rappresentato ha legittimamente esplicitato nella dichiarazione anticipata.

¹⁷ A. ASTONE, Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 2 dicembre 2017, n.219, Dir. famiglia e delle persone, 1515 e ss.

¹⁸ Ciò è avvenuto per il caso “Welby” cit. e per quello concernente il “Dj Fabo” nel caso “Cappato”, cit..

¹⁹ Come è avvenuto nel caso “Englaro”, cit., in ordine al quale la Corte di cassazione ha ritenuto insufficiente l'istituto della rappresentanza legale atteso che, ai fini della validità dell'esercizio del diritto al rifiuto di terapie, i poteri del rappresentante legale (nel caso di specie, si trattava del genitore-tutore della giovane interdetta) non si spingono sino alla possibilità di sostituire la volontà del rappresentato, la quale non può essere in alcun modo pretermessa. Secondo la Suprema Corte viene in rilievo, piuttosto, una forma di assistenza che non di rappresentanza, in quanto il tutore è chiamato ad esprimere le proprie intenzioni (non al posto di, ma) unitamente a quelle del paziente, la cui volontà presunta deve necessariamente essere ricostruita. Per operare tale ricostruzione - ha chiarito la Corte - bisogna tener conto delle a) dichiarazioni formulate dal paziente prima di cadere in stato di incoscienza o, in mancanza, b) della sua personalità, del suo stile di vita, dei suoi convincimenti e dei suoi valori morali, religiosi, e culturali.

In assenza del fiduciario, o perché le D.A.T. non contengano l'indicazione del fiduciario o perché questi abbia rinunciato o sia deceduto o sia divenuto incapace, si ribadisce che le D.A.T. mantengono efficacia in merito alle volontà del disponente.

La nomina del fiduciario ha natura di negozio di designazione, analogo a quello *ex art.408 c.c.*, con cui si designa l'amministratore di sostegno. A differenza di quest'ultimo atto che non produce autonomamente effetti, essendo necessario il decreto di nomina da parte del giudice tutelare a norma dell'art. 404 c.c, l'atto di nomina del fiduciario, invece, produce direttamente effetti dal momento della designazione.

Il fiduciario "può rinunciare all'incarico con atto scritto comunicato al disponente" e l'incarico gli può essere revocato dal disponente "in qualsiasi momento, con le stesse modalità previste dalla nomina e senza obbligo di motivazione" (art. 4, commi 2 e 3).

Una prima differenza può ravvisarsi nelle modalità di attribuzione della funzione all'amministratore di sostegno rispetto al fiduciario; per il primo, è attribuita mediante un procedimento giurisdizionale, per il secondo, è invece attribuita senza procedimento.

Una seconda può rintracciarsi nella mancata previsione di cause di incompatibilità nella scelta del fiduciario.

Nei casi di conflitto tra fiduciario e medico si rinvia alla disciplina prevista per i minori e gli incapaci (difatti, l'art. 4, comma 5 prevede che "si procede ai sensi del comma 5 dell'art. 3").

La disposizione di rinvio, dettata per le persone interdetto, inabilitate o sottoposte ad amministrazione di sostegno ovvero per i minori di età, è dedicata alle ipotesi di assenza delle D.A.T. o qualora il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte dal medico. In tali evenienze, la decisione è rimessa al giudice tutelare, su richiesta di tutti gli interessati (*id est* del rappresentante legale, dei soggetti di cui all'art. 406 c.c., del medico o della struttura sanitaria).

La previsione sembra prefigurare inoltre una serie di possibili sopravvenienze di difficile soluzione nelle quali, ad esempio, si tratti di ricostruire la volontà di adulti che non avevano manifestato idee o convinzioni univocamente apprezzabili e di soggetti costretti in stato vegetativo dall'età infantile ²⁰.

Con riguardo alla *causa*, si esclude che con le D.A.T. possano essere richiesti trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali e viene specificato che "a fronte di tali richieste il

²⁰ V. da ultimo sui profili normativi dell'autodeterminazione della persona minore di età, per una ricostruzione critica, C. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, Giust. civ., 2019, 617 e ss.

medico non ha obblighi professionali” (art.1, comma 6).

Quanto alla *forma*, la disciplina prevede che le D.A.T. “siano redatte per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito”, oppure “presso le strutture sanitarie”, qualora ricorrano i presupposti di gestione telematica. In alternativa, qualora le condizioni fisiche del paziente non consentano la redazione per iscritto, le D.A.T. possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Con le medesime forme esse sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento. Nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle D.A.T. con le forme previste dai periodi precedenti, queste possono essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni (art. 4 comma 6).

4. Pianificazione delle cure condivisa (P.C.C.).

Mediante le P.C.C. viene riconosciuta la possibilità che sia realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico attraverso la valorizzazione della relazione tra paziente e medico (art. 1, comma 2) nella prospettiva dell'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, alla quale il medico e l'*equipe* sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità (art. 5, comma 1).

La dottrina ritiene che la pianificazione di cura anticipata e condivisa sia un'opzione alternativa rispetto alle D.A.T. come confermerebbe l'inciso di chiusura della disposizione che “per gli aspetti non espressamente disciplinati” rimanda alle disposizioni dell'articolo precedente in tema di D.A.T. (art. 5, comma 5)²¹.

La P.C.C. si differenzia dalla D.A.T. sia dal punto di vista soggettivo che da quello funzionale e formale, sebbene entrambi gli istituti siano tesi alla piena attuazione del principio di autodeterminazione del paziente in materia di trattamenti terapeutici.

Sotto il *profilo soggettivo*, la pianificazione delle cure presuppone un paziente malato il quale ha iniziato un percorso terapeutico perché affetto “da una patologia già in atto” e che è stato “adeguatamente informato” (e con il suo

²¹ R. MASONI, *op. cit.*, 347.

consenso, i familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia) sulle "possibili evoluzioni della patologia e su quanto possa realisticamente attendersi in termini di qualità della vita nonché sulle possibilità cliniche di intervenire sulle cure palliative" (art. 5, comma 2).

Sotto il *profilo funzionale*, la pianificazione è condivisa tra medico e paziente e non un atto volitivo solitario di quest'ultimo, come può accadere nelle D.A.T. , il quale esprime il proprio consenso rispetto a quanto proposto dal medico rispetto alla patologia di cui è affetto e sui suoi "intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario" (art. 5 comma 3) e proprio perché la pianificazione delle cure è concordata tra paziente e medico, quest'ultimo non può disattenderla, ma può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico.

Sotto il *profilo formale*, a differenza che nelle D.A.T. ove la redazione è prevista con atto pubblico etc., il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario sono espressi semplicemente "in forma scritta" ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, "attraverso video-registrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare" e vengono inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.

5. Diritto al consenso informato come ineliminabile presidio dell'autodeterminazione: la sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale.

Come già veduto (*infra* nel paragrafo 2), il quadro normativo nazionale e sovranazionale di riferimento già mostrava il consenso informato quale presupposto imprescindibile della "alleanza terapeutica" tra medico e paziente, in mancanza del quale l'intervento del medico non è lecito, finanche nell'ipotesi limite in cui il paziente consapevolmente e liberamente rifiuti o interrompa il trattamento medico vitale.

Ne costituiscono fondamento sia le norme della Costituzione sia quelle della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed in particolare, l'art. 2 Cost., che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; l'art. 13 Cost., che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale "è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo"²²; e l'art. 32 Cost., che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con

²² Corte cost., sentenza n. 471 del 1990.

l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicità; e ancora l'art. 3 Carta DFUE dal quale si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico va considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma anche come diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona.

Come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, il contenuto del diritto al consenso informato non consta solo della facoltà positiva di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di quella negativa ovvero di rifiutare eventualmente la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale e va escluso che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite, allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

La possibilità di manifestare il diritto di autodeterminarsi sia in senso positivo che negativo discende dalla stessa Costituzione per la quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto ²³.

Alla luce delle diverse facoltà contenute nel diritto e soltanto nei limiti prescritti dal dettato costituzionale possono ammettersi «limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire»²⁴.

In tale prospettiva ermeneutica, il diritto di rifiutare o interrompere i trattamenti sanitari, anche vitali, come l'idratazione e l'alimentazione forzata, è stato ricondotto al diritto all'integrità e alla disposizione del proprio corpo riconducibile al precetto dell'art. 5 c.c. e non al diritto di morire, negato dall'ordinamento ²⁵. Ciò ha consentito di bilanciare il valore della vita umana²⁶ con

²³ Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996.

²⁴ Così test., Corte Cass. Sez. 1, n. 21748 del 2007, cit.

²⁵ “Ed è significativo che l'iter parlamentare di detta legge nella scorsa legislatura sia stato tempestivamente separato da quello del progetto di legge di iniziativa popolare sull'eutanasia, assegnato alle Commissioni Affari Sociale e Giustizia della Camera nonché da quello delle altre proposte e disegni di legge in materia presentati nei due rami del Parlamento, finiti tutti su un binario morto: la separazione dei percorsi corrispondeva chiaramente alla finalità di attenuare il rischio di indebiti e fuorvianti accostamenti tra discipline relative a fenomeni del tutto diversi”, viene acutamente rilevato da G. Luccioli, *Il fine vita: tra “dato biologico” e “atto umano”*, giudicedonna.it, 2019, 3.

²⁶ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 123 e ss. L'Autore considera il *valore della vita* come

il principio di dignità nel caso in cui l'irrecuperabilità della coscienza della persona possa venire in conflitto con la deontologia del medico il quale non ritenga esaurito il proprio compito e superare il tradizionale principio di precauzione che, *in dubio*, impone di propendere per la vita ²⁷.

Ricostruzione interpretativa ribadita con fermezza, da ultimo, dalla Corte costituzionale in occasione del giudizio di costituzionalità sull'art. 580 c.p. riguardo al notissimo caso "Cappato" (su cui v. anche, *sub* I e III), a proposito del quale ha riaffermato che «dall'art. 2 Cost. - non diversamente che dall'art. 2 CEDU - discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello - diametralmente opposto - di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU, non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire, è stato, del resto, da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio (sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*)».²⁸

Peraltro, nello stesso giudizio di costituzionalità, la Corte ha utilizzato un inedito strumento persuasivo nei confronti del legislatore, sospendendo per un anno il suo giudizio al fine di consentire al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina tenuto conto che «l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela determinate situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione»²⁹, già quindi rilevando l'irragionevolezza della disposizione penale a fronte di esigenze di tutela che in altri casi giustificano il comportamento del medico e «non escludono l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari - anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) - non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento - apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa - conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno

valore *in se* e non come *posto* nel sistema sociale e normativo.

²⁷ Si vedano, in proposito, le riflessioni sul prolungamento terapeutico della vita e sulla "speranza" legata allo stato delle conoscenze mediche in A. FALZEA, *Diritto alla vita, diritto alla morte*, in I diritti dell'uomo nell'ambito della medicina legale, Milano, 1981, 119 ss..

²⁸ Cfr., Corte cost. ordinanza 16 novembre 2018, n. 207.

²⁹ **Corte cost. n. 207 del 2018.**

vitale»³⁰.

In particolare, con l'ordinanza di sospensione, la Corte ha subito indicato i punti problematici meritevoli di esame ed il *vulnus* costituzionale insito nella disciplina dell'art. 580 c.p.; in proposito, tra l'altro, ha escluso, che l'incriminazione dell'aiuto al suicidio, ancorché non rafforzativo del proposito della vittima fosse, di per sé, incompatibile con la Costituzione: «essa si giustifica, infatti, in un'ottica di tutela del diritto alla vita, specie delle «persone più deboli e vulnerabili»; inoltre, aveva individuato, nondimeno, una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie, corrispondente segnatamente ai casi in cui l'aspirante suicida si identifichi (come nel caso oggetto del giudizio *a quo*) in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli»: evenienza nella quale il divieto indiscriminato di aiuto al suicidio «finisce [...] per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

L'anno successivo, allo scadere del termine, constatata l'inerzia del legislatore in materia, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580, c.p., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219, - ovvero quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione-, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente»³¹.

Rinviando al paragrafo successivo per un esame più approfondito e specifico delle tematiche afferenti l'ambito penalistico, meritano di essere ricordate e

³⁰ Corte cost. n. 207 del 2018, cit. *sub* punto 9.

³¹ Corte cost. sentenza 22 novembre 2019, n. 242.

sottolineate alcune rilevanti considerazioni espresse dalla Corte nelle citate pronunce con riferimento al tema del consenso informato.

Innanzitutto, richiamando quanto già affermato nella ordinanza di sospensione, la Corte ha ribadito a proposito del principio di autodeterminazione che «la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale - sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari - ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile».³²

Nella vicenda “Cappato” la Corte costituzionale ha circoscritto l'area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa considerata a quella in cui la persona *sia affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche assolutamente intollerabili*, la quale *sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale*, ma resti *capace di prendere decisioni libere e consapevoli*.

A parere della Corte «la decisione di accogliere la morte potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua. Ciò, in forza della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), la cui disciplina recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta all'epoca la giurisprudenza ordinaria - in particolare a seguito delle sentenze sui casi Welby (Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049) ed Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748) - nonché le indicazioni di questa Corte riguardo al valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico (ordinanza n. 207 del 2018): principio qualificabile come vero e proprio diritto della persona, che trova fondamento nei principi espressi negli artt. 2, 13 e 32 Cost. (sentenze n. 253 del 2009 e n. 438 del 2008)»³³.

La Corte sottolinea, inoltre, che la disciplina dettata dalla legge n. 219 del 2017, può considerarsi integrativa delle previsioni già dettate dalla legge n. 38 del 2010 in tema di cure palliative finalizzate ad alleviare le sofferenze del paziente. Osserva, in proposito che queste ultime, per un verso, permettono al medico «con il consenso del paziente, [di] ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, per fronteggiare sofferenze refrattarie ai

³² Corte cost. sentenza 22 novembre 2019, n. 242.

³³ Corte cost. 242 del 2019, in motivazione, *sub* 2.3.

trattamenti sanitari. Disposizione, questa, che «non può non riferirsi anche alle sofferenze provocate al paziente dal suo legittimo rifiuto di trattamenti di sostegno vitale, quali la ventilazione, l'idratazione o l'alimentazione artificiali: scelta che innesca un processo di indebolimento delle funzioni organiche il cui esito - non necessariamente rapido - è la morte» (art. 2). Per altro verso, osserva che «la legislazione oggi in vigore non consente, invece, al medico di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. Pertanto, il paziente, per congedarsi dalla vita, è costretto a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»; ciò incidendo direttamente sul caso oggetto del giudizio costituzionale tenuto conto che l'interessato aveva richiesto «l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda (soluzione che pure gli era stata prospettata), proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida. Non essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo».

Quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, la Corte costituzionale ha sottolineato che «se è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze appartengono solitamente a tale categoria di soggetti», è altrettanto «agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede la ragione per la quale la stessa persona, a determinate condizioni, non possa ugualmente decidere di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri».

La Corte costituzionale conclude dunque che «entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»³⁴.

Pertanto, riconosce il diritto ad essere posti in condizione di lasciarsi morire in un ambito molto limitato, contraddistinto dalla sussistenza di patologie

³⁴ Corte cost. 242 del 2019, in motivazione, sub 5.

irreversibili, fonte di sofferenze fisiche e psichiche non tollerabili, in presenza delle quali il mantenimento in vita sia assicurato mediante la somministrazione di trattamenti di sostegno vitale.

Richiama più volte il principio di dignità quale fondamentale canone ermeneutico per discernere e garantire l'esigenza di informare e di fornire cure appropriate nel rispetto della volontà della persona e del diritto a non soffrire inutilmente.

Nondimeno, nella decisione della Corte costituzionale il precetto penale dell'istigazione o dell'aiuto al suicidio resta saldo a prevenire condotte che possano porre in pericolo i soggetti fragili e più vulnerabili che, sovente, sono tali perché molto malati o depressi o solo anziani, e di cui è pienamente legittima e comprensibile la scelta di protezione volta a preservarne la capacità di autodeterminazione.

6. Indicazioni nomofilattiche in tema di consenso informato in ambito sanitario quale fonte della responsabilità civile.

Soltanto due sono le decisioni della Suprema Corte che nel corso dell'ultimo anno hanno avuto ad oggetto la disciplina di cui alla legge n. 219 del 2017. La ragione della esiguità delle pronunce in materia è fisiologicamente dovuta al fatto che il giudizio di legittimità interviene a conclusione di quello di merito e che, tenuto conto della recente entrata in vigore della novella (31 gennaio 2018), il tempo del processo non è ancora maturo ai fini della prospettazione al giudice di legittimità di casi in tale ambito.

La prima pronuncia ne ha dato conto in via generale nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento, sottolineandone il rilievo tenuto conto che la novella «all'art. 4 - riconosce ad ogni persona maggiorenne e capace di intendere e volere, "in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte", la possibilità sia di "esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari", sia di nominare, al medesimo scopo, un fiduciario, stabilendo, nel contempo, che tali direttive anticipate sono "rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento». Secondo il Collegio, l'autodeterminazione del soggetto chiamato alla «più intensa (ed emotivamente pregnante) prova della vita, qual è il confronto con la realtà della fine" non è, dunque, priva di riconoscimento e protezione sul piano normativo, e ciò qualunque siano le modalità della sua esplicazione: non solo il ricorso a trattamenti lenitivi degli effetti di patologie non più reversibili, ovvero, all'opposto, la predeterminazione di un percorso che porti a contenerne la durata, ma anche la mera accettazione della propria condizione, perché "anche la sofferenza e il

dolore, là dove coscientemente e consapevolmente non curati o alleviati, acquistano un senso ben differente, sul piano della qualità della vita, se accettati come fatto determinato da una propria personale opzione di valore nella prospettiva di una fine che si annuncia (più o meno) imminente, piuttosto che vissuti, passivamente, come segni misteriosi di un'inspiegabile, insondabile e angosciante, ineluttabilità delle cose»³⁵.

Tanto premesso, il Collegio ha precisato che nell'ipotesi di colpevole ritardo nella diagnosi di patologie ad esito infausto, l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio recato alla integrità fisica del paziente, né nella perdita di chance di guarigione, ma include la perdita di un *ventaglio* di opzioni con le quali scegliere come affrontare l'ultimo tratto del proprio percorso di vita, che determina la lesione di un bene reale, certo - sul piano sostanziale - ed effettivo, apprezzabile con immediatezza, qual è il diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali; in tale prospettiva, il diritto di autodeterminarsi riceve positivo riconoscimento e protezione non solo mediante il ricorso a trattamenti lenitivi degli effetti di patologie non più reversibili, ovvero, all'opposto, mediante la predeterminazione di un percorso che porti a contenerne la durata, ma anche attraverso la mera accettazione della propria condizione ³⁶.

La seconda decisione ha risolto una questione di diritto intertemporale avente ad oggetto un procedimento di amministrazione di sostegno ed ha espresso il seguente principio così massimato: “La l. 22 dicembre 2017, n. 219, recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, è priva di efficacia retroattiva e non si applica dunque alle manifestazioni di volontà relative ai trattamenti sanitari espresse in data anteriore all'entrata in vigore della legge (31 gennaio 2018), fatta salva l'ipotesi, prevista dall'art. 6 della legge, in cui la volontà del disponente sia stata manifestata in documenti depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della stessa data; ne consegue che la legge nuova è inapplicabile alle direttive anticipate di trattamento terapeutico che siano state, come nella specie, formulate in sede di designazione anticipata dell'amministratore di sostegno ai sensi dell'art. 408, comma 1, c.c. prima dell'entrata in vigore della legge e che siano contenute in una scrittura privata personalmente conservata dall'interessato”.

In particolare, la Corte, ricostruita la cornice normativa, nazionale e sovranazionale e giurisprudenziale di riferimento, ha affermato che «è evidente che si palesa erronea l'affermazione della Corte d'appello, secondo cui

³⁵ Così, Corte cass. Sez. 3, n. 10424 del 2019, Guizzi, Rv. 653581-01, che sul punto richiama testualmente Cass. Sez. 3, n. 7260 del 2018, Dell'Utri.

³⁶ Corte cass. Sez. 3, n. 10424 del 2019, cit.

l'amministrazione di sostegno - in quanto finalizzata solo a consentire al beneficiario la cura dei propri interessi, alla quale è impedito a causa di una malattia o una menomazione psichica fisica - non può essere funzionale alla tutela del diritto soggettivo a rifiutare determinati trattamenti terapeutici, trattandosi di un diritto azionabile autonomamente e direttamente in giudizio, e non tutelabile, in via indiretta, mediante tale forma di protezione. Al contrario, deve ritenersi che – attraverso la scelta dell'amministratore da parte del beneficiario - sia possibile esprimere, nella richiesta di amministrazione di sostegno - ai sensi del combinato disposto degli artt. 406 e 408 cod. civ. – proprio l'esigenza che questi esprima, in caso di impossibilità dell'interessato, il rifiuto di quest'ultimo di determinate terapie; tale esigenza rappresenta la proiezione del diritto fondamentale della persona di non essere sottoposto a trattamenti terapeutici, seppure in via anticipata, in ordine ad un quadro clinico chiaramente delineato»³⁷.

La Suprema Corte, nell'anno appena trascorso, ha ribadito e precisato il proprio orientamento in tema di responsabilità del medico con particolare riguardo al dovere di acquisire il consenso informato del paziente nel caso di dedotta violazione del diritto all'autodeterminazione.

In via generale, è stato riaffermato, in continuità con quanto già ritenuto, che il diritto al consenso informato del paziente in quanto diritto irretrattabile della persona va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento *absque pactis* sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale *deficit* di informazione, il paziente non è stato messo in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica ³⁸.

Nello stesso solco, per un verso, è stato ribadito che in tema di attività medico-chirurgica il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da

³⁷ Corte cass. Sez. 1, 15 maggio 2019, n. 12998, Caiazzo, Rv. 653917 - 03.

³⁸ Corte cass. Sez. 3, n. 10423 del 2019, Guizzi, Rv. 653580-01.

parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone ³⁹; per l'altro, è stato ribadito che anche nel caso in cui l'atto sia stato correttamente eseguito *secundum legem artis*, può essere riconosciuto il risarcimento del danno alla salute per la verifica degli effetti dannosi, solo ove il paziente alleggi e provi, anche in via presuntiva che, se correttamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi a detto intervento ovvero avrebbe vissuto il periodo successivo ad esso con migliore e più serena predisposizione ad accettarne le eventuali conseguenze e sofferenze. ⁴⁰

Infine, la Corte con una rilevante pronuncia ha affermato che, sebbene l'inadempimento dell'obbligo di acquisire il consenso informato del paziente sia autonomo rispetto a quello inerente al trattamento terapeutico (comportando la violazione dei distinti diritti alla libertà di auto-determinazione e alla salute), in ragione dell'unitarietà del rapporto giuridico tra medico e paziente - che si articola in plurime obbligazioni tra loro connesse e strumentali al perseguimento della cura o del risanamento del soggetto - non può affermarsi una assoluta autonomia dei due illeciti tale da escludere ogni interferenza tra gli stessi nella produzione del medesimo danno; è possibile, invece, che anche l'inadempimento dell'obbligazione relativa alla corretta informazione sui rischi e benefici della terapia si inserisca tra i fattori "concorrenti" della serie causale determinativa del pregiudizio alla salute, dovendo quindi riconoscersi all'omissione del medico una astratta capacità plurioffensiva, potenzialmente idonea a ledere due diversi interessi sostanziali, entrambi suscettibili di risarcimento qualora sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate specifiche conseguenze dannose⁴¹.

³⁹ Corte cass. Sez. 3, n. 23328 del 2019, Positano, Rv. 655489-01.

⁴⁰ V. Corte cass. Sez. 3, n. 27607 del 2019, Dell'Utri, Rv. 655495-01; Corte cass. Sez. 3, n. 2369 del 2018, Gianniti, Rv. 647593-01.

⁴¹ Corte cass. Sez. 3, n. 28985 del 2019, Olivieri, Rv. 656134 - 02.

III) IL TEMA DEL “FINE VITA” NELLA VICENDA CAPPATO: I NUOVI CONFINI PROCEDURALI DELL’AIUTO (LECITO) AL SUICIDIO

(DI ALDO NATALINI)

SOMMARIO: 1. Il fine-vita al cospetto della Corte Costituzionale. - 2. Sentenza autoapplicativa di tipo manipolativo. - 3. La vicenda giudiziaria del caso Dj Fabo-Cappato. - 4. Art. 580 c.p.: *ratio puniendi* e primi approdi decisorii. - 5. La “saldatura” della sentenza n. 242 del 2019 con l’ordinanza n. 207 del 2018: le quattro condizioni legittimanti l’aiuto al suicidio. - 6. Oltre la l. n. 217 del 2017: verso un diritto-pretesa? - 7. L’inedita scriminante procedurale valevole *pro futuro*. - 8. La scriminabilità *pro praeterito* caso per caso.

1. Il fine-vita al cospetto della Corte Costituzionale.

Il tema del “fine-vita”, nei suoi risvolti penalistici, è tornato prepotentemente d’attualità con l’approdo del noto “caso Dj Fabo-Cappato” dinanzi alla Corte Costituzionale (su cui v. anche sub § I,3 e II,5).

Con un complesso dispositivo “a doppio schema” – l’uno *pro futuro*, l’altro *pro praeterito* – la Corte costituzionale, con sentenza n. 242 del 2019 ha dichiarato l’incostituzionalità parziale dell’art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., «*nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità procedurali legislativamente previste per l’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale - ovvero, quanto ai fatti anteriori al 27 novembre 2019 con modalità equivalenti -, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente*».

I giudici costituzionali, preso atto dell’inutile spirare del termine concesso al Parlamento circa un anno prima per legiferare *in subiecta materia*, hanno così posto definitivo rimedio (procedurale) all’illegittimità della norma scrutinata già accertata - ma formalmente non dichiarata - con precedente ordinanza-monito n. 207 del 2018, forgiante un’*inedita* tecnica decisoria (“ad incostituzionalità differita” con rinvio a data fissa) che, *unicum* senza precedenti, ha destato grande attenzione tra gli studiosi di giustizia costituzionale⁴².

⁴² La Corte costituzionale ha “sdoppiato” gli effetti normalmente discendenti dalle sentenze di accoglimento: quello per l’appunto di accertamento dell’incostituzionalità (immediatamente derivante dall’ordinanza n. 207 del 2018) e quello di annullamento della norma scrutinata, formalizzato con la sentenza “manipolativa” n. 242 del 2019.

2. Sentenza autoapplicativa di tipo manipolativo

Sul modello già sperimentato su temi eticamente sensibili come l'aborto (Corte Costituzionale n. 27 del 2015) e la fecondazione medicalmente assistita (Corte Costituzionale n. 96 del 2015 e n. 229 del 2015, ove pure la Corte dettò incisive condizioni di liceità della diagnosi pre-impianto sottolineando, con un deciso ed elaborato monito al legislatore, l'esigenza di nuove norme volte a contenere abusi e pratiche mediche "disinvolute"), il giudice delle leggi - con sentenza autoapplicativa di tipo "manipolativo" - ha reimpiegato, in via estensiva, la disciplina della legge sulle DAT relativa alla rinuncia ai trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del paziente e alla garanzia dell'erogazione di un'appropriata terapia del dolore e di cure palliative (artt. 1 e 2 della l. n. 219 del 2017⁴³). Ha così dettato una disciplina *cedevole* - in attesa della declinazione che potrà darne il legislatore - in ordine alle condizioni *procedurali* che rendono lecito - d'ora in poi e per i casi pregressi - l'aiuto al suicidio, al di fuori del cono protettivo (pur ridisegnato) dell'art. 580 c.p.

Avendo la Corte costituzionale dichiarato l'incostituzionalità di una norma penale *di sfavore* nella parte in cui non prevede una causa di non punibilità, la sentenza n. 242 del 2019 rientra senz'altro tra le pronunce di accoglimento i cui effetti, tuttavia, non sono puramente caducatori, bensì *in bonam partem* declinati per via *additiva*. Più in particolare, la decisione - invero di complessa classificazione - sembra "ibridare" più tratti tipologici, assumendo al tempo stesso natura di:

- *additiva di procedura* (o di regola: tipologia decisoria molto praticata nel contenzioso Stato-Regioni, ove la Corte aggiunge contenuti normativi a disposizioni di tipo regolamentare, all'interno dell'*iter* approvativo), qui tradotta nell'innesto, in via pretoria, di un'*inedita* scriminante procedurale, valevole *pro futuro*;

- *additiva di prestazione* - anche se questo è un aspetto più dubbio - rivolta, all'interno della stessa *additiva di procedura*, a carico di pubblici uffici (nella specie: il Servizio sanitario nazionale e i comitati etici territorialmente competenti), cui la Corte provvisoriamente "affida" i soggetti che intendano attuare il loro proposito suicidiario «autonomamente e liberamente formatosi»;

- *additiva di principio* - come la precedente ordinanza-monito n. 207 del 2018 - rispetto ai fatti pregressi, laddove la Corte indica al giudice (e al medico) la verifica della sussistenza, di volta in volta, delle condizioni del richiedente nel caso concreto.

⁴³ Recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento».

3. La vicenda giudiziaria del caso “Dj Fabo-Cappato”.

La questione decisa (nell’inerzia del Parlamento) dalla Corte Costituzionale (ri)agita le complesse problematiche (non solo giuridiche ma anche etico-religiose, filosofiche, morali, deontologiche) dei diritti fondamentali del malato, del “biodiritto” e della rilevanza penale delle pratiche di “fine vita”, in rapporto alle tratte incriminazioni, confinanti e “di confine”, di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e - nella specie - di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), la cui distinzione, peraltro, in vicende di questo tipo «viene fatta dipendere dal dato, marginale e fungibile, dell’attivazione del dispositivo “letale” da un soggetto terzo o del morituro»⁴⁴.

Il “caso Dj Fabo” che ha dato origine all’incidente di costituzionalità è destinato ad essere affiancato al “caso Welby”⁴⁵ ed al “caso Englaro”⁴⁶: tre complesse vicende etico-giudiziarie che, seppur diverse tra loro, sono paradigmatiche dei possibili connotati che può assumere il diritto di libertà personale letto attraverso il prisma del diritto alla salute, ovvero, più drasticamente, il (preteso) diritto di morire, tra paternalismo e liberalismo penale. Come è stato efficacemente sottolineato⁴⁷, questi *leading cases* rappresentano un crescendo: dal consenso informato della persona presente e cosciente (caso Welby), passando per il rispetto delle volontà precedentemente espresse da una persona ora incapace di autodeterminarsi (caso Englaro), per giungere al desiderio di mettere fine alla propria patologia donandosi la morte (caso Dj Fabo).

Nel corso del processo che ha visto l’esponente radicale Marco Cappato imputato - e da ultimo assolto all’esito dell’udienza del 23 dicembre 2019 - per il suicidio assistito di Fabiano Anoniani (*alias* Dj Fabo), la Sez. I della Corte di Assise di Milano, su concorde richiesta di PM e Difesa, rimise gli atti alla Corte costituzionale affinché valutasse la compatibilità costituzionale dell’art. 580 c.p., laddove:

- incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o rafforzamento del proposito di suicidio, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, comma 1, e 117 Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della CEDU;

- prevede che le condotte di agevolazione dell’esecuzione del suicidio, che non incidano sul processo deliberativo dell’aspirante suicida, siano sanzionabili con la

⁴⁴ Così MANTOVANI, Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?, in *Giustizia penale*, 2017, II, pag. 38.

⁴⁵ Su cui v. Trib. pen. di Roma, ufficio Gup, 23 luglio 2007, n. 2049 e Trib. civ. di Roma, Sez. I, ord. 15 dicembre 2006, Welby c. Antea Associazione Onlus e G.C.

⁴⁶ Su cui v. Cass. civ., Sez. I, n. 21748 del 16 ottobre 2007, Rv. 598962-63-64-65.

⁴⁷ MAGNANI, *L’ordinanza Cappato. L’aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it.

pena della reclusione da 5 a 10 anni, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost.

In sintesi, il giudice *a quo* chiese al giudice delle leggi, in via principale, di rendere penalmente irrilevante l'agevolazione dell'altrui suicidio che non incide sulla decisione della vittima, a prescindere da ogni riferimento alle condizioni personali del soggetto passivo e alle ragioni del suo gesto.

4. Art. 580 c.p.: *ratio puniendi* e primi approdi decisori.

Per comprendere appieno i sollevati - e parzialmente accolti - profili di incostituzionalità, occorre muovere dal denunciato art. 580 c.p. che, già a partire dalla rubrica («*Istigazione e aiuto al suicidio*»), evidenzia un duplice contenuto punitivo a carico di chi concorra (moralmente o materialmente) nel suicidio altrui (esclusa, per mere ragioni politico-criminali, la punibilità dell'aspirante suicida, pure quando sarebbe materialmente possibile, cioè nell'ipotesi tentata).

Si tratta di un reato a fattispecie alternative che sanziona «severamente» – come rileva la stessa Corte costituzionale – con eguale pena della reclusione da cinque a dodici anni tre diverse condotte concorsuali, sempre che il suicidio avvenga o che, quantomeno, dal tentato suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima (nel qual caso è prevista una pena minore).

Sotto l'unica nozione di *istigazione al suicidio*, l'art. 580 c.p. dà rilievo anzitutto a due contegni morali che, incidendo entrambi sulla sfera deliberativa dell'individuo, offrono un contributo causale alla realizzazione dell'evento suicidario: la *determinazione* dell'altrui proposito suicidiario (prima inesistente) ed il *rafforzamento* dell'altrui proposito (già presente dell'individuo); la terza condotta tipizzata è, infine, l'aiuto al suicidio, che reprime chiunque ne agevoli, «*in qualsiasi modo*», l'esecuzione. Ed è proprio (e solamente) quest'ultima condotta materiale che è venuta in rilievo nella vicenda Cappato: esclusa, infatti, la sussistenza della condotta di rafforzamento psichico (pure contestata⁴⁸), i giudici meneghini ravvisarono la sola ipotesi agevolatrice, peraltro persino autodenunciata dall'imputato, il quale assecondò la volontà dell'Antoniani accompagnandolo in Svizzera in auto.

Quest'azione, prestata in favore di un soggetto autonomamente determinato al

⁴⁸ Su cui la Corte d'assise di Milano aveva già pronunciato (una prima) sentenza di assoluzione: «la decisione di Fabiano di rivolgersi alla [...] associazione svizzera [*Dignitas*] era intervenuta in modo autonomo ed in epoca antecedente ai suoi contatti con Cappato»; [...] «l'imputato non indirizzò o condizionò la decisione di Fabiano di procedere in Svizzera al proprio suicidio, attraverso le modalità consentite in quello Stato, ma al contrario gli prospettò la possibilità di farlo in Italia interrompendo le terapie che lo tenevano in vita»: cfr. ord. n. 1/18, pagg. 1 e 3).

suicidio nell’esercizio della propria libertà di scegliere quando e come morire – ritenuta dal rimettente costituzionalmente tutelata (artt. 2 e 13, comma 1, e 117 Cost., in riferimento agli artt. 2 e 8 CEDU) – si tradurrebbe in una condotta inoffensiva per la Corte milanese. Epperò secondo il “diritto vivente” – che il giudice *a quo* identificò (erroneamente) nell’unica, risalente sentenza occupatasi del tema⁴⁹ – essa è punita in via alternativa rispetto alle altre due, per di più con la medesima pena, coprendo il cono punitivo qualunque contributo causalmente connesso all’evento suicidiario.

Va sottolineato che questa premessa ermeneutica – sposata dal giudice *a quo* e contrastata dall’Avvocatura dello Stato – secondo cui l’agevolazione del suicidio è repressa *ex art.* 580 c.p. anche se ininfluyente sul percorso deliberativo del soggetto passivo, è stata avallata dalla Corte Costituzionale già nell’ordinanza n. 207 del 2018, che l’ha reputata «corretta», nel rilievo che una «soluzione interpretativa di segno inverso [...] si tradurrebbe in una *interpretatio abrogans*. Nel momento stesso in cui si ritenesse che la condotta di agevolazione sia punibile solo se generativa o rafforzativa dell’intento suicida, si priverebbe totalmente di significato la previsione – ad opera della norma censurata – dell’ipotesi dell’aiuto al suicidio, come fattispecie alternativa e autonoma (“*ovvero*”) rispetto a quella dell’istigazione».

Con la stessa ordinanza n. 207 del 2018, la Corte costituzionale è poi entrata nel merito delle questioni di fondo sollevate dal giudice *a quo*, respingendole nella loro assolutezza. Ripercorrendo le ragioni politico-criminali che portarono il codificatore del 1930 all’incriminazione in disamina, è stata esclusa la pretesa inoffensività dell’aiuto al suicidio fatta discendere dal rimettente dagli artt. 2 e 13, comma 1, Cost.: per la Corte costituzionale non può dubitarsi che l’art. 580 c.p. «anche nella parte in cui sottopone a pena la cooperazione materiale al suicidio» assolva allo scopo – ritenuto «di perdurante attualità» - di tutelare (penalmente) il diritto alla vita, nel mutato quadro costituzionale che guarda alla persona umana come a un valore in sé e non come a un semplice mezzo per il soddisfacimento di interessi collettivi».

Insomma, la fattispecie scrutinata conserva la sua «ragion d’essere» soprattutto nei confronti delle persone sofferenti ed in difficoltà, che «l’ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile» onde scongiurare il pericolo che subiscano interferenze di ogni genere allorché «decidano di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio». Sono proprio le persone più vulnerabili, infatti, che potrebbero essere facilmente indotte a concludere prematuramente la loro vita, «qualora l’ordinamento consentisse a chiunque di

⁴⁹ Cass. pen., Sez. I, n. 3147/1998, Rv. 210190-01.

cooperare anche soltanto all'esecuzione di una loro scelta suicida, magari per ragioni di personale tornaconto». Di qui la “cintura protettiva” creata attorno ai soggetti passivi, per inibire ai terzi «di cooperare in qualsiasi modo» con i loro propositi suicidiari.

Un assetto che in linea generale - secondo la Corte costituzionale - non contrasta *ex se* con i parametri evocati: non è pertinente il riferimento del rimettente al diritto alla vita, perché dall'art. 2 Cost., non diversamente che dall'art. 2 CEDU, discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo e «non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»⁵⁰.

La prima (provvisoria) conclusione rassegnata dal giudice costituzionale è stata dunque: da un lato, giustificare l'incriminazione di istigazione ed aiuto al suicidio (di persona sana) come modalità – direbbe la dottrina penalistica – “di tutela indirettamente paternalistica della vita”⁵¹; dall'altro, valorizzando il diritto del malato a rifiutare le cure a certe condizioni, conclamare (“solo” in motivazione e “solo” con ordinanza) l'incompatibilità costituzionale dell'assolutezza del divieto (penalmente presidiato) con quelle situazioni fortemente caratterizzate (non necessariamente terminali: l'irreversibile compromissione della salute, la gravità della sofferenza, la dipendenza della vita da un trattamento che potrebbe essere rifiutato, ecc.), tali per cui ciò che la Corte ha enucleato in termini generali potrebbe non valere più. Per il resto, la Corte, facendo leva sui poteri di gestione del processo, ha “atteso” il Parlamento, chiamandolo - con un robusto monito - alle proprie responsabilità legislative.

5. La “saldatura” della sentenza n. 242 del 2019 con l'ordinanza n. 207 del 2018: le quattro condizioni legittimanti l'aiuto al suicidio.

Spirato inutilmente il termine concesso al legislatore, la Corte costituzionale con la sentenza n. 242 del 2019 ha annullato *in parte qua* la norma scrutinata, con declaratoria di (definitivo) accoglimento di tipo fortemente manipolativo, modulandone gli effetti temporali con due dispositivi:

- uno valevole *pro futuro*, caratterizzato da un *iter* procedurale ad efficacia giustificante *ex ante*;
- l'altro valevole *pro praeterito*, affidato al giudice per la verifica *ex post* della

⁵⁰ In relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio, cfr. Corte EDU, sent. 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*.

⁵¹ Se, cioè, la vita è di per sé un bene che il diritto ha il compito di tutelare, il precetto “non uccidere” può ragionevolmente articolarsi nel precetto “non aiutare altri a suicidarsi”, oppure “non uccidere chi ne faccia richiesta” nel caso dell'omicidio del consenziente: così PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n.7, pag. 70.

sussistenza delle condizioni analoghe a quelle poste nella normativa “di regime”.

La Corte si è così riconosciuta il potere-dovere di colmare il vuoto legislativo che sarebbe derivato dalla dichiarazione di incostituzionalità *tout court*, preoccupandosi di non compromettere i diritti fondamentali dell’individuo (*horror vacui*); ciò in nome della prevalente esigenza di garantire la legalità costituzionale, essendo compito di essa Corte ricavare dal sistema vigente i «criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento»⁵². Di qui la dettata disciplina *cedevole* (sempre modificabile dal Parlamento) che, frattanto, ha valore *erga omnes* nell’ordinamento giuridico.

La sentenza n. 242 del 2019⁵³ riproduce - testualmente - interi passi dell’ordinanza n. 207 del 2018, le cui conclusioni in ordine al *thema decidendum* sono espressamente confermate. C’è dunque una “saldatura” perfetta tra le due pronunce, senza alcun arretramento (salvo lo sviluppo di nuove parti: come quella sui propri poteri di “riempimento” e sulla nuova procedura scriminante). Questa “saldatura” è molto importante quanto ai presupposti teorici già conclamati un anno prima dalla Consulta nel circoscrivere le condizioni di non punibilità dell’assistenza al suicidio. Occorre che la persona:

- a) «sia affetta da una patologia irreversibile e
- b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia
- c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale ma resti
- d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

A queste condizioni la Corte costituzionale ha infine aggiunto due *inedite* scansioni procedurali-prestazionali:

- 1) dovrà essere una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale a verificarne l’esistenza e a garantire le modalità di esecuzione del suicidio assistito
- 2) previo parere del parere del comitato etico territorialmente competente.

⁵² Cfr. § 4 del *considerando in diritto*, ove si richiamano Corte Costituzionale n. 40 del 2019, n. 222 del 2018, n. 223 del 2018 e n. 236 del 2016.

⁵³ A partire dal § 2 del *considerando in diritto*.

6. Oltre la l. n. 217 del 2017: verso un diritto-pretesa?

A ben vedere la Consulta avrebbe potuto percorrere una strada minimale: per non rimettere al giudice *ex post* (cioè a suicidio avvenuto) l'accertamento, di volta in volta, della causa di non punibilità - soluzione rassegnata solo *pro praeterito* - avrebbe potuto garantire l'accertabilità *ex ante* delle suddette quattro condizioni semplicemente operando un richiamo alla l. n. 219 del 2017 sulle DAT, che già consente, a legislazione vigente, l'accertamento della capacità di autodeterminazione del paziente ed il carattere libero ed informato della scelta espressa⁵⁴.

Invece il giudice delle leggi sembra essere andato oltre: in linea con quanto già stabilito in tema di procreazione medicalmente assistita⁵⁵, ha allargato la portata normativa della legge sulle DAT prevedendo che la “procedura medicalizzata” ivi prevista d’ora in poi sia «estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo»⁵⁶. All’uopo ha innestato dei *nova* non presenti nella l. 219 del 2017, affidando alla struttura pubblica «la verifica delle condizioni che rendono legittimo l’aiuto al suicidio» e delle «relative modalità di esecuzione» previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Dietro questa soluzione così strutturata, valevole “a regime”, sembrerebbe potersi riconoscere, in favore dell’aspirante suicida, una posizione giuridica soggettiva non in termini di mera libertà (di darsi alla morte di mano propria senza avere impedimenti), bensì di diritto-pretesa a ricevere una prestazione da una struttura pubblica, cioè dallo Stato⁵⁷. Tuttavia la questione è davvero complessa e meritevole di ulteriori approfondimenti, poiché la stessa Corte costituzionale sembra voler escludere che il suicidio si trasformi in un diritto a prestazione: «dall’art. 2 Cost. – non diversamente che dall’art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»⁵⁸.

⁵⁴ Come rammenta la stessa Corte costituzionale: cfr. § 5 del *considerando in diritto*.

⁵⁵ Corte Costituzionale n. 96 del 2015 e n. 229 del 2015.

⁵⁶ Cfr. § 5 del *considerando in diritto*.

⁵⁷ In questo senso CECCHETTI, *Convegno sul caso Cappato*, Milano 28 novembre 2019, in www.radioradicale.it.

⁵⁸ Cfr. § 5 del *considerando in diritto* dell’ord. n. 207 del 2018, richiamato testualmente nel § 2.2 del *considerando in diritto* della sent. n. 242 del 2019.

7. L’inedita scriminante procedurale valevole *pro futuro*

Per quanto riguarda gli aspetti squisitamente penalistici, la Consuta ha forgiato per la prima volta una scriminante *procedurale* immediatamente applicabile *pro futuro*, per i fatti successivi alla pubblicazione della sentenza nella *Gazzetta ufficiale*⁵⁹.

Se ne era parlato già per effetto del “diritto penale provvisorio” introdotto dall’ordinanza n. 207 del 2018 ma - con la pronuncia in disamina - può dirsi ormai “ufficializzata” l’introduzione di quella nuova idea di giustificante che, a completamento di quella tradizionale (ovvero sostanziale), viene definita dalla dottrina penalistica come scriminante procedurale⁶⁰. L’esimente - la cui struttura risulta ancora sconosciuta al nostro diritto penale della parte generale - si fonda sul rispetto di una procedura giustificante che garantisce *ex ante* in maniera neutra la migliore tutela possibile dell’interesse coinvolto, così diversamente atteggiandosi rispetto alle verifiche di proporzione delle scriminanti sostanziali affidate *ex post* all’accertamento giudiziale⁶¹.

La Corte, dichiarando incostituzionale, *in parte qua*, l’art. 580 c.p. («nella parte in cui non esclude la punibilità...»), innesta per via additiva una scriminante che suppone il compimento di una sequela di condizioni e di modalità esecutive, (solo) al cui rispetto l’“aiutante” - cioè il soggetto attivo dell’ipotetico reato di aiuto al suicidio - è giustificato.

A fini esimenti, la Corte costituzionale procedimentalizza la necessità di verifica da parte di una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente, che (l’aspirante suicida):

- 1) si tratti di persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale
- 2) sia affetta da patologia irreversibile
- 3) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputi intollerabili

⁵⁹ Avvenuta il 27 novembre 2019.

⁶⁰ Nella dottrina italiana v. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Rivista italiana di diritti e procedura penale*, 2007, pag. 1269 ss.; SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, Napoli, 2018, *passim*; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004.

⁶¹ Come già per la giustificante sostanziale, anche per la scriminante procedurale è possibile operare una classificazione delle costellazioni casistiche: esse risultano incentrate, rispettivamente, sul consapevole esercizio del diritto fondamentale all’autodeterminazione terapeutica e sulla prognosi privilegiata statale. Ma diversamente dalle classiche cause di giustificazione, qui non c’è la logica del bilanciamento di interessi. L’esimente in questione trova fondamento dogmatico negli elementi gradati della proceduralizzazione costitutiva ed è proprio il rispetto degli *step* procedurali che legittima *ex ante* un risultato altrimenti lesivo in ragione della tutela primaria di ulteriori beni. Esaltando gli elementi contenutistici di norme permissive, la scriminante procedurale adotta il cd. *modello discorsivo-relazionale* e si propone di porre al riparo dall’incertezza di accertamenti giudiziari *ex post* il soggetto che abbia deciso di agire nel rispetto di una disciplina normativa di controlli pubblicistici.

4) ma sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Quindi, in via di eccezione alla regola di condotta *ex art. 580 c.p.*, l'*inedita* causa di giustificazione - di *creazione* giurisprudenziale ma avente valore normativo *erga omnes* - affida la complessa risoluzione del conflitto tra inviolabilità del bene vita, salute e dignità della persona ad una procedura (non meramente dichiarativa, ma) costitutiva di uno spazio di diritto libero, in cui l'accertamento anticipato del diritto all'aiuto "nel morire" viene subordinato alle condizioni prefissate. Si tratta di condizioni che si muovono all'interno di un "processo medicalizzato" e che, ispirandosi al cd. "modello discorsivo a completamento di indicatori legali tassativamente predeterminati", sono inequivocabilmente destinate a legittimare l'assistenza medico-sanitaria al suicidio sulla base di controlli pubblici *ex ante* in grado di verificare l'informata consapevolezza del competente soggetto decidente in rapporto all'esercizio, solo così vincolante, del diritto all'autodeterminazione terapeutica nelle scelte di fine-vita, quali scelte libere e "condizionatamente" lecite in quanto dettate da un'etica al riparo da danni ad altri⁶².

L'espletamento di questa procedura di controllo pubblico *ex ante* consente alla scriminante di intervenire (non *ex post*, ma proprio) in costanza di realizzazione del comportamento tipico - *id est*: l'aiuto al suicidio nelle condizioni *ut supra* - privato *in itinere* della sua precettività penale⁶³.

8. La scriminabilità *pro praeterito* caso per caso.

Questi requisiti procedurali, essendo stati "coniati" - in via additivo-manipolativa - dal giudice delle leggi con la sentenza n. 242 del 2019 (ed «in attesa dell'intervento del legislatore»), non possono essere richiesti, "tal quali", in rapporto ai fatti di aiuto al suicidio anteriormente commessi: si pensi a chi, come nel caso oggetto del giudizio *a quo* (che, peraltro, precede la stessa entrata in vigore della l. n. 219 del 2017), fosse andato, alla vigilia dell'intervento della Corte Costituzionale, a morire in Svizzera, facendosi accompagnare magari da un tassista. In quest'ipotesi le condizioni liceizzanti poste - d'ora in poi - dalla Corte non sono ovviamente più realizzabili.

Per questo la stessa Consulta si fa carico di declinare - in motivazione e nel dispositivo - una "doppia pronuncia" di incostituzionalità. In breve scansiona, sul piano temporale, due regimi normativi: uno valevole *pro futuro* (post 27 novembre

⁶² Così, già a commento dell'ord. n. 207 del 2018, Sessa, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio* (art. 580 c.p.): un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018, in *Il Caso Cappato*, a cura di Marini e Cupelli, Napoli, 2019, pagg. 344-348 ed ivi per richiami.

⁶³ A primo commento della sentenza n. 242 del 2019, per Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale*, 2019, n. 12, pag. 53, de iure condendo la nuova scriminante procedurale andrebbe meglio tipizzata e collocata nella l. n. 219 del 2017, individuando adeguati rimedi per scongiurare eccessi di burocratizzazione.

2019: vedi sopra); l’altro - “ad esaurimento” - applicabile alle vicende ormai passate (*ante* 27 novembre 2019).

Riguardo ai fatti pregressi, la non punibilità dell’aiuto al suicidio «rimarrà subordinata, in specie, al fatto che l’agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti».

Ma la sentenza n. 242 del 2019 non si limita a questa indicazione di massima. Differentemente da altri casi ove - anche in materia penale - in genere la Corte rimette ai giudici *a quibus* la valutazione del *modo* in cui il sistema normativo reagisce alla declaratoria di incostituzionalità, qui si spinge oltre (ed anche questo è un altro profilo di assoluta novità).

La Corte costituzionale “squaderna”, a beneficio del (futuro) giudice del caso concreto, le condizioni di equipollenza che - per fatti commessi fino al 27 novembre 2019 - valgono a rendere lecita la prestazione dell’aiuto al suicidio. Occorre che la patologia irreversibile, la grave sofferenza fisica o psicologica, la dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e la capacità di prendere decisioni libere e consapevoli «abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico; che la volontà dell’interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni; che il paziente sia stato adeguatamente informato sia in ordine a queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all’accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua. Requisiti tutti la cui sussistenza dovrà essere verificata dal giudice nel caso concreto».

Senonchè la “positivizzata” sequenza procedimentale valevole solo *pro futuro* e la definizione di queste clausole di equipollenza valevoli solo *pro praeterito* portano ad una “strettoia”, invero quasi paradossale: un nuovo caso “Dj Fabo-Cappato” - cioè il caso di un paziente accompagnato dall’Italia in Svizzera per il trattamento di fine vita - identico fattualmente a quello che ha generato l’odierno accoglimento, non sarebbe coperto dalla dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 580 c.p.⁶⁴ In breve, non sarebbe più scriminabile, in quanto giammai sussumibile sotto le stringenti condizioni procedurali “in vigore” dal 27 novembre 2019.

⁶⁴ In questo senso CUPELLI, *op. cit.*, pag. 50.

IV) IDENTITA' PERSONALE, RISERVATEZZA E DIRITTO ALL'OBLIO: I DIVERSI VOLTI DELLA TUTELA DELL'INDIVIDUO.

(DI MARINA CIRESE E LUIGI LA BATTAGLIA) *

SOMMARIO: Premessa: la tutela dei diritti della persona. - 1. L'identità personale – 2. L'identità digitale - 3. Le declinazioni dell'identità personale - 4. Il diritto alla riservatezza - 5. La duplice concezione del diritto all'oblio – 6. La nozione “tradizionale” di oblio – 7. La pronuncia delle Sezioni unite n. 19681/2019 - 8. La nozione “tecnologico-digitale” – 9. La configurazione normativa del diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità. – 10. Conclusioni.

Premessa: la tutela dei diritti della persona.

La dignità personale costituisce il valore fondante dei diritti inviolabili dell'individuo, trovando peculiare attuazione nella dimensione relazionale e sociale dell'esistenza umana (artt. 2 e 3 Cost.).

Il diritto all'identità, anche nella declinazione di scottante attualità costituita dal diritto alla riservatezza ed all'oblio ne costituisce uno snodo ineliminabile.

1. L'identità personale.

Rimasto per lungo tempo patrimonio del linguaggio e del sapere specialistico dei filosofi e dei sociologi, il tema dell'identità personale in ambito giuridico si declina come “diritto all'identità personale” cui è riconosciuto il rango di diritto fondamentale della persona.

L'identità, in particolare, si configura come il prisma attraverso cui esaminare e ricostruire la complessità dello statuto giuridico della persona, qualificando in particolare il profilo della integrità della personalità e sostanziandosi in una sorta di documento essenziale capace di racchiudere la storia di ogni individuo.

Costruito a partire dagli anni settanta come diritto di matrice giurisprudenziale, esso assume una connotazione sempre più autonoma all'interno della cornice costituzionale disegnata dagli artt. 2 e 3 Cost., anche attraverso le norme codicistiche relative al diritto al nome ed all'insegna, creando le basi per il moderno diritto alla *privacy*.

Punto significativo della evoluzione del diritto all'identità personale è la definizione che ne ha fornito la S.C. a metà degli anni '80: *“ciascun soggetto ha interesse, ritenuto generalmente meritevole di tutela giuridica, di essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale, generale e particolare, è conosciuta o poteva essere conosciuta con l'applicazione dei criteri della normale diligenza e della buona fede soggettiva; ha, cioè, interesse a non vedersi all'esterno alterato, travisato, offuscato,*

* Marina Cirese ha redatto i paragrafi da 1 a 4, Luigi la Battaglia i paragrafi da 5 a 10.

contestato il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale ecc. quale si era estrinsecato od appariva, in base a circostanze concrete ed univoche, destinato ad estrinsecarsi nell'ambiente sociale" (vedi Sez. 1, n. 3769/1985, Tilocca, Rv. 441354 - 01).

L'identità rappresenta quindi una formula sintetica per definire le caratteristiche e le manifestazioni specifiche di un soggetto, nonché per esprimere la effettiva e concreta personalità individuale.

All'interno dei diritti della personalità, l'identità mira a salvaguardare la dimensione relazionale dell'individuo che viene considerato non già come una monade, bensì *uti socius* e si connota come concetto mutevole coerentemente con l'evoluzione interiore ed esteriore della persona, con la sua formazione, con il cambiamento di opinioni, di idee, di stili di vita. Proprio al fine di cogliere i problemi che emergono dalla discrasia tra identità storicamente datata ed identità attuale sono sorte le istanze di tutela riconducibili al diritto all'oblio il cui esercizio" è collegato, in coppia dialettica (di cui *infra*). E' questo uno dei profili di distinzione tra la ricerca della verità storica, il riserbo dell'individuo e la sua necessità di trasformarsi.⁶⁵

La definizione dell'identità personale è stata successivamente accolta dalla Corte costituzionale (Corte Cost. sentenza n. 13 del 1994) come il «*diritto ad essere sé stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe alla vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche, religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo. L'identità personale costituisce quindi un bene per sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata.*». Il diritto all'identità personale è venuto così differenziandosi per avere ad oggetto il «*...bene - valore costituito dalla proiezione sociale della personalità dell'individuo, cui si correla un interesse del soggetto ad essere rappresentato, nella vita di relazione, con la sua vera identità, a non vedere quindi, all'esterno, modificato, offuscato o comunque alterato il proprio patrimonio intellettuale, ideologico, etico, professionale (ecc) quale già estrinsecatosi o destinato, comunque, ad estrinsecarsi, nell'ambiente sociale, secondo indici di previsione costituiti da circostanze obiettive ed univoche.*» (Cass., Sez.1, n. 978/1996, Morelli M.R., Rv. 495759 – 01).

Tale diritto reca in sé un insieme di valori che appartengono al patrimonio della persona: intellettuali, politici, religiosi, ideologici, professionali che la distinguono dagli altri.

⁶⁵ Vedi G. Alpa "Il diritto alla identità personale" in "Diritti della personalità emergenti : profili costituzionali e tutela giurisdizionale" - "Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura" 1988.

Ne deriva l'interesse a non veder travisata, offuscata o contestata la propria storia personale, il proprio patrimonio intellettuale così come lo ha espresso l'interessato, sussistendo violazione dell'identità personale anche se le azioni o convinzioni attribuite al soggetto non sono lesive dell'integrità morale dell'interessato, come invece avviene per la violazione dell'onore; pertanto si ha lesione dell'identità anche se i fatti attribuiti, pur non essendo negativi o disdicevoli, rappresentino un'alterazione della storia identitaria della persona.

I fondamenti normativi della tutela dell'identità personale sono stati individuati nelle disposizioni relative al nome (artt. 6-9 c.c.), all'immagine (art. 10 c.c.), al diritto di rettifica (art. 8, l. n. 47/1948 e art. 32 d.lgs. n. 177/2005) e, soprattutto, nell'art. 2 Cost.

Nel quadro critico del bilanciamento fra diritti di rilevanza costituzionale, il diritto all'identità personale trova un limite necessario nei diritti di cronaca, di critica, di satira, di creazione artistica, tutti riconducibili all'art. 21 Cost.

In particolare, è stata riconosciuta prevalenza al diritto di cronaca, purché accompagnato dall'utilità sociale della notizia, dalla verità dei fatti divulgati e dalla forma civile dell'esposizione e della loro valutazione, non eccedente rispetto allo scopo informativo ed improntata a serena obiettività, con esclusione di ogni intento denigratorio. Il diritto di rettifica, spesso individuato come base normativa o come espressione del diritto all'identità personale (che però non la esaurisce), occupa un posto sempre più importante nel quadro dell'unitaria protezione della personalità fondata sull'art. 2 Cost., in quanto garantisce ai singoli (ed ai gruppi) l'accesso ai mezzi di informazione in condizioni di parità, per replicare – dando una differente versione dei fatti – all'attribuzione di atti od opinioni lesivi della dignità o contrari a verità.

Tanto è vero che, anche di recente, la S.C. ha affermato che «la violazione dell'obbligo di rettifica di cui all'art. 8 della l. n. 47 del 1948 integra un illecito distinto ed autonomo rispetto alla diffamazione, trovando fondamento nella lesione del diritto all'identità personale, che può sussistere indipendentemente da quella dell'onore e della reputazione, sicché l'esercizio dei rimedi ordinari e speciali previsti dall'ordinamento contro la sua inosservanza costituisce una domanda diversa, per “*petitum*” e “*causa petendi*”, da quella afferente il risarcimento del danno e gli altri rimedi conseguenti alla diffamazione a mezzo stampa» (Sez. 3, n. 13520/2017, Spaziani, Rv. 644409 - 01).

Un punto di riferimento è l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sul diritto alla protezione dei dati di carattere personale: norma condivisa dall'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che conferisce al Parlamento europeo e al Consiglio il potere legislativo in materia secondo la procedura legislativa ordinaria.

L'art. 8 prevede tra l'altro il trattamento dei dati «secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge»; per la norma in esame il diritto alla protezione dei dati è un diritto autonomo riguardo a quanto previsto dall'art. 7 della Carta: il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni.

La normativa euronitaria dedica particolare attenzione al trattamento dei dati, e proprio nella legislazione sovranazionale si registra la più elevata tutela dei dati personali, in considerazione del loro alto valore morale ed economico.

Ciò si riscontra anche nel recente reg. Ue 27-4-2016, n. 679 (G.D.P.R.), relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la dir. 95/46, e nell'analogia dir. 2016/680 ove si afferma, nei considerando, che la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale.

2. L'identità digitale.

Nell'ambito della comunicazione via Internet viene in rilievo la **c.d. identità digitale**, ovvero l'identità impiegata nelle attività informatiche ed, in particolare, nelle numerose applicazioni di *Internet*. L'avvento dell'era digitale ha ridefinito il concetto di spazio e tempo e, di riflesso, ha sfiorato anche l'essenza stessa dell'individuo, e cioè la sua identità. Questa, per natura complessa, lo diviene ancor di più negli ambienti digitali, determinando relazioni che non sono fondate sul rapporto "*face to face*".

Tale identità non deve per forza essere specchio dell'identità personale del soggetto, trasfigurazione digitale della persona, essendo sufficiente che si sviluppi attraverso un processo di costruzione continua dato da un apporto personale; l'identità digitale diventa un superamento, qualcosa di più ricco e complesso di quella personale da cui prende le mosse e se ne allontana a seconda delle esigenze dei fruitori.

Si possono individuare due tipi di **persona digitale** che si vengono a delineare: una *progettata* ed una *imposta*. La prima, creata dall'individuo stesso che la trasmette ad altri per via dei dati che fornisce (creando *blog* personali, pagine personali sui *social*); l'altra è data dalla proiezione sulla persona dei dati detenuti da agenzie esterne, come ad esempio società commerciali o agenzie governative (grado di solvibilità per i mutui, stato di salute a fini assicurativi o creditizi, preferenze commerciali).

Digitale si contrappone allora al meramente virtuale, che è l'irreale, e si modella sulla "vera" identità, frammentaria, mobile e aperta propria della realtà

moderna.

Per altro verso, si registra l'attuale tendenza alla assunzione di “altra” identità favorita dalla telematica, e si contrappone all' altrettanto diffuso fenomeno della sovraesposizione mediatica dell'identità.

Nella dimensione *on line* infatti manca il riscontro diretto con l'altro, ci si può allontanare dall'interlocutore mediante una immediata e semplice disconnessione, l'io proiettato nella rete può prospettare se stesso come vuole, ossia può creare una «maschera» a seconda dei casi molto discordante dal sé, concordante con il sé, ma rivelata solo agli appartenenti alla propria cerchia, o solo parzialmente concordante.

Ciò è molto evidente nell'ambito dei *social network*, dove la rappresentazione fallace di se stessi può avvenire anche inconsciamente aprendo un processo di creazione dell'identità.

In tale ambito si inquadra la “Dichiarazione dei diritti in *internet*”, varata in sede parlamentare e pubblicata il 28 luglio 2015. La Dichiarazione è fondata sul pieno riconoscimento di libertà, eguaglianza, dignità e diversità di ogni persona.

In particolare sul "Diritto all'identità", la Dichiarazione dispone: «Ogni persona ha diritto alla rappresentazione integrale e aggiornata delle proprie identità in Rete. La definizione dell'identità riguarda la libera costruzione della personalità e non può essere sottratta all'intervento ed alla conoscenza dell'interessato. L'uso di algoritmi e di tecniche probabilistiche deve essere portato a conoscenza delle persone interessate, che in ogni caso possono opporsi alla costruzione e alla diffusione di profili che le riguardano. Ogni persona ha diritto di fornire solo i dati strettamente necessari per l'adempimento di obblighi previsti dalla legge, per la fornitura di beni e servizi, per l'accesso alle piattaforme che operano in *Internet*. L'attribuzione e la gestione dell'identità digitale da parte delle Istituzioni pubbliche devono essere accompagnate da adeguate garanzie, in particolare in termini di sicurezza».

3. Le declinazioni dell'identità personale.

Il diritto all'identità personale come diritto ad essere se stessi si declina nei vari settori del diritto ove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona.

Così è collegato allo *status familiae* del figlio o del coniuge nella famiglia, società naturale che assume sempre di più la connotazione di comunità di affetti ove si delinea l'identità e si sviluppa la personalità dei singoli membri. Oggi, peraltro, tale fronte di tutela si amplia dato che i rapporti affettivi non derivano più esclusivamente dall'istituto del matrimonio ma anche da vincoli affettivi quali la convivenza e le unioni civili riconosciuti e tutelati ai sensi della legge 20 maggio 2016 n. 76 "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze".

Il codice civile fa inoltre riferimento al possesso di stato nella normativa sul matrimonio (art. 130 e ss.) e sulla filiazione (art. 236 e ss.).

L'identità personale di figlio, specie se minore, è legata anche alla conoscenza delle proprie origini, quindi alla verità biologica relativa alla maternità o alla paternità che va bilanciata con l'interesse superiore del minore al suo sviluppo psicologico, affettivo, educativo e sociale e ai legami all'interno della famiglia nella quale vive.

In tal senso il concetto di "identità", in origine ancorato ad una visione tradizionale, volta a valorizzare l'identità nella sola dinamica relazionale, si indirizza verso l'essenza dell'identità individuale per giungere ad una dimensione identitaria, ugualmente importante, intima e profonda, volta ad acquisire coscienza di sé e del proprio stare in un contesto sociale, indipendentemente quindi dal dato relazionale.

Nell'ottica della tutela dell'identità del minore, secondo la S.C. sussiste il diritto del figlio, anche dopo la morte della madre, di conoscere le proprie origini biologiche per il carattere personalissimo e non trasmissibile del diritto a non essere nominata nella dichiarazione di nascita come prevede l'art. 30, comma 1, del d.p.r. 3.11.2000, n. 396.

Inoltre, come statuito da Sez. U., n. 1946/2017, Giusti, Rv. 642009 – 01, nel solco della pronuncia della Corte cost., 18 novembre 2013, n. 278, e delle pronunce della S.C. del 2016, in tema di parto anonimo, anche se il legislatore non ha ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte suddetta, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della

madre di svelare la propria identità.

Peraltro tale diritto a conoscere le proprie origini, nell'ottica della ricomposizione della storia parentale e quindi attinente alla propria identità, viene esteso anche all'adottato nei casi di cui all'art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, consentendogli di accedere alle informazioni concernenti non solo l'identità dei propri genitori biologici, ma anche quelle delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo interpello di questi ultimi mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità dei soggetti da interpellare, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle informazioni richieste o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto (Sez. 1, n. 6963/2018, Acierno, Rv. 647764 – 01). Correlata all'identità personale è altresì l'attribuzione del cognome.

La tutela dell'identità personale è altresì ravvisabile in Sez. 1, n. 18161/19, Bisogni, Rv. 654543 – 01 secondo cui, in tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori, il giudice è investito *ex art.* 262, commi 2 e 3, c.c. del potere-dovere di decidere su ognuna delle possibilità previste dalla disposizione in parola avendo riguardo, quale criterio di riferimento, unicamente all'interesse del minore e con esclusione di qualsiasi automaticità, che non riguarda né la prima attribuzione (essendo inconfigurabile una regola di prevalenza del criterio del *prior in tempore*), né il patronimico (per il quale parimenti non sussiste alcun *favor in sé*).

Altro profilo rilevante è l'identità di genere.

Il genere è un aspetto complesso della personalità, ha una connotazione psicologica e socio-culturale che va oltre l'aspetto puramente biologico, e riguarda tratti comportamentali e fisici, ossia le caratteristiche di una persona. Anche l'identità di genere entra a far parte dello svolgimento e dello sviluppo della personalità individuale e sociale, e il diritto all'identità, inteso come modo di essere dell'individuo, ben si attaglia all'identità di genere e alle problematiche connesse.

Quando il soggetto presenta i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato genere, ma sente di appartenere ad un altro, il nostro ordinamento prevede norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso contenute nella l. 14 aprile 1982, n. 164 (e successive modifiche).

Secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 1, «la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali».

La S.C. a riguardo, (Sez. 1, n. 15138/2015, Acierno, Rv. 636001 – 01), segnando un'importante tappa evolutiva in tema di concezione dell'identità personale, ha precisato che, alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente

orientata, e conforme alla giurisprudenza della CEDU, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile deve ritenersi non obbligatorio l'intervento chirurgico demolitorio e/o modificativo dei caratteri sessuali anatomici primari. Sottolinea la Corte che l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia oggetto, ove necessario, di accertamento tecnico in sede giudiziale.

Il problema dell'identità si pone anche *de iure condendo* in relazione al riconoscimento di alcuni diritti, quale quello della cittadinanza, ai cittadini stranieri nati in Italia, terreno in cui si registra quel continuo processo osmotico tra mutamenti sociali e istanze di tutela.

4. Il diritto alla riservatezza.

In Italia la Costituzione non dedica alcuna norma specifica alla tutela della riservatezza ed alla protezione dei dati personali. Tuttavia il valore costituzionale di tali beni giuridici viene rinvenuto nella lettura sistematica di varie disposizioni: l'art. 2 attraverso il richiamo ai nuovi diritti inviolabili della persona, l'art. 3, che afferma la pari dignità sociale tra gli individui, altre norme della prima parte della Costituzione tra le quali l'art. 14 relativo alla protezione del domicilio, l'art. 15 sulla libertà e segretezza della corrispondenza, l'art. 13 sulla libertà personale, nonché lo stesso art. 21 che protegge la libertà di manifestazione del pensiero anche in senso negativo quale diritto del soggetto a mantenere segrete le proprie idee e convinzioni.

E' stata soprattutto la giurisprudenza, che dapprima negava l'esistenza di un diritto alla riservatezza, ad individuare il fondamento giuridico della *privacy* quale diritto sostanzialmente tutelato ed a fungere da vero e proprio motore trainante nel suo lungo cammino di riconoscimento. Quando si fa riferimento alle origini del diritto alla riservatezza, si suole richiamare il *right to privacy*, menzionato in un saggio apparso nel 1890 sulla *Harvard Law Review* con riguardo alla vicenda di un avvocato di Boston che aveva deciso di tutelare il proprio diritto ad "essere lasciato solo" (*right to be let alone*) affermando l'esistenza di un nuovo *tort*, creato per affermare la responsabilità di chi avesse violato l'intimità e la riservatezza altrui, proteggendo questi valori alla stessa stregua del diritto di proprietà.

La vita privata diventa così un "luogo ideale" da proteggere contro l'altrui invasione, un "diritto assoluto", suscettibile di essere fatto valere *erga omnes*, comportando conseguentemente lo *jus ad alios excludendos*. L'origine del diritto alla *privacy* è dunque legato in origine a logiche proprietarie che hanno a lungo condizionato il corretto inquadramento della natura giuridica della riservatezza, collegandola ad una visione materialistica e patrimonialistica, del tutto diversa, anzi

opposta alla *ratio* sottesa a tutti i “diritti della personalità” che sono, al contrario, legati esclusivamente ad istanze esistenziali ed al valore della persona, unitariamente considerata. L'evoluzione del concetto di *privacy* muta poi nel diritto di “autodeterminazione informativa” e di controllo sui propri dati personali.

L'esigenza di tutelare il diritto alla inviolabilità dei propri dati identificativi nasce da un complesso di motivi storici e socio - culturali: in primo luogo la progressiva ed inarrestabile espansione dei media e dei sistemi informatizzati ed elettronici in grado di “controllare” e “spiare” qualsiasi soggetto, indipendentemente dal domicilio e dalla proprietà privata, hanno reso sempre più emergenziale l'esigenza della protezione del riserbo e dell'identità dalla loro diffusione, resa sempre più rapida ed incontrollabile dal costante progresso tecnologico.

Il riconoscimento esplicito del diritto alla *privacy* da parte della giurisprudenza di legittimità giunge nel 1975.

La Corte, facendo riferimento al diritto soggettivo, giungeva al riconoscimento esplicito del diritto alla riservatezza, inteso come diritto che necessita di «tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari, le quali, anche se verificatesi fuori dal domicilio domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti (..), non siano giustificate da interessi pubblici preminenti». Il diritto alla riservatezza, peraltro, sarebbe espressamente tutelato dalla Carta costituzionale, in numerose norme, quali gli artt. 2, 3, 13, 14, 27, 29 e 41, che imporrebbero così globalmente una protezione dell'individuo dall'invadenza nella propria intimità personale, e che al contempo imporrebbero una valutazione del corretto bilanciamento tra interessi contrapposti.

A fronte del riconoscimento pretorio, il legislatore rimane a lungo silente.

Solo con nel 1996, è stata colmata questa lacuna, con la emanazione della legge fondamentale sulla *privacy*, la l. n. 675 del 1996. Ad essa hanno fatto poi seguito una serie di modifiche, integrazioni ed emendamenti cosicché questo accavallarsi di norme in un arco temporale abbastanza limitato ha reso necessaria la riscrittura e raccolta in un testo organico. Si tratta di un Testo Unico sulle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, che è stato adottato con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 29 luglio 2003. Tale decreto è stato emanato ai sensi della legge di delega 24 marzo 2001, n. 127.

La novità di tale normativa va individuata nel pieno riconoscimento legislativo del diritto alla riservatezza ed all'identità personale nel quadro dei diritti fondamentali della persona, che si è tradotto in un diritto all'autodeterminazione informativa che affida al consenso dell'interessato la legittimità del trattamento dei suoi dati personali.

Il 24 maggio 2016 è entrato in vigore il Regolamento Generale Europeo (UE 679/2016 - Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale europea il 4 maggio 2016) sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche denominato GDPR (*General Data Protection Regulation*). Il Regolamento rappresenta la normativa di riforma della legislazione europea in materia di protezione dei dati. La sua attuazione è stata prevista a distanza di due anni, quindi a partire dal 25 maggio 2018. Trattandosi di un regolamento europeo, non necessita di recepimento da parte degli Stati dell'Unione e verrà attuato da tutti allo stesso modo, realizzandosi così di fatto la definitiva armonizzazione della regolamentazione in materia di protezione dei dati personali all'interno dell'Unione europea. Il GDPR, più esplicito della direttiva 95/46/CE, proclama la tutela del diritto alla protezione dei dati personali inteso come diritto fondamentale delle persone fisiche. L'art. 1 par. 2 recita “Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali”.

5. La duplice concezione del diritto all'oblio.

Il GDPR del 2016 (come si vedrà) è la prima fonte normativa a contenere esplicita menzione del “diritto all'oblio”, il quale peraltro è stato interessato, nel corso del 2019, da un'importante pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione (**Sez. U., n. 19681/2019, Cirillo, Rv. 654836-01**), che ha inteso definirne i presupposti, nel rapporto con il diritto di cronaca (e, più in generale, di manifestazione del pensiero).

Volendo utilizzare la definizione fatta propria dalla prima sentenza di legittimità che ebbe ad occuparsene (Sez. 3, n. 3679/1998, Coco, Rv. 514405-01), il diritto all'oblio può intendersi come il “giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata”.

In questa accezione (che presuppone una doppia pubblicazione, a distanza di tempo, della stessa notizia), il diritto all'oblio rappresenta un'ulteriore frontiera di tutela dei tradizionali diritti della personalità (riservatezza, identità personale, onore, reputazione), attivabile quando il disvalore connesso alla divulgazione di un'informazione risieda nello iato temporale che la separa dal momento dell'originaria diffusione. Un presidio, dunque, a tutela della “identità dinamica” del soggetto, per come venutasi a conformare nel corso del tempo.

In una seconda accezione, che potrebbe definirsi “tecnologico-digitale”, il diritto all'oblio ha a che fare, invece, con l'interesse a controllare le modalità di conservazione, archiviazione, circolazione e trasferimento dei propri dati personali sul *web*, allo scopo di evitare che l'indiscriminata accessibilità agli stessi finisca per

portare a conoscenza di un'indeterminata cerchia di destinatari (al di là di una specifica finalità divulgativa) informazioni screditanti o (anche semplicemente) sgradite per l'interessato, in quanto non più attuali. In questo caso non si ha, dunque, una cesura temporale tra due successive divulgazioni della notizia, permanendo quest'ultima continuativamente a disposizione dell'utente della rete, a prescindere da una specifica "riproposizione".

6. La nozione tradizionale di oblio.

Nella sua prima dimensione, il diritto all'oblio si fonda sull'idea che, in considerazione del passare del tempo, sia venuta meno l'attualità di una notizia la quale, in origine, era stata legittimamente pubblicata, in quanto provvista (alla stregua del "decalogo" del giornalista messo a punto da Cass., n. 5259/1984, Borruso, Rv. 436989-01) dei requisiti della verità, pertinenza e continenza. Una rinnovata valutazione circa il persistente (o rinnovato) interesse pubblico alla conoscenza della notizia si impone, quindi, a tutela non tanto della riservatezza dell'individuo (essendo stati i fatti già a suo tempo divulgati), quanto piuttosto della sua reputazione e/o identità personale, come nel frattempo venutesi ad evolvere, in forme – in ipotesi – anche assai distanti dalla precedente caratterizzazione. Dirà Sez. 3, n. 28084/2018, Gianniti, non massimata, che *"i requisiti della verità dei fatti narrati, della forma civile della loro esposizione e della loro valutazione, nonché la sussistenza di un pubblico interesse alla conoscenza della notizia sono requisiti che (..) assumono rilevanza (..) anche come elemento persistente nel tempo volto ad escludere l'antigiuridicità delle successive rievocazioni"*. In altri termini, quando intercorra un intervallo di tempo di una certa consistenza tra la narrazione e il fatto che ne costituisce l'oggetto, la libertà di manifestazione del pensiero è controbilanciata dalla pretesa del soggetto di essere dimenticato, o meglio di non essere ricordato in relazione a quel fatto, che pure legittimamente era stato oggetto di cronaca in passato.

Nella già citata Sez. 3, n. 3679/1998, Coco, Rv. 514405-01, l'attore lamentava che un settimanale avesse riproposto, a distanza di sei anni, la notizia di una sua risalente incriminazione per gravi fatti di mafia, senza che vi fosse un rinnovato interesse pubblico alla relativa conoscenza (e senza dar conto della successiva archiviazione del procedimento). Oltre al trascorrere del tempo in sé, a venire in rilievo – secondo la Cassazione – era il sopraggiungere di eventi dai quali sarebbe stato possibile desumere la totale estraneità dell'attore alle vicende in questione; eventi dei quali, ove effettivamente avvenuti prima della seconda pubblicazione, si sarebbe dovuto tener conto ai fini di un rigoroso accertamento e della conseguente menzione nel corpo dell'articolo.

In Sez. 3, n. 16111/2013, Cirillo, Rv. 626952-01, si discuteva invece della pubblicazione, a margine della notizia del ritrovamento di un arsenale di armi appartenute alle Brigate Rosse, della notizia (corredata di fotografia) della

condanna dell'attore, molti anni prima, per fatti legati alla sua appartenenza a un gruppo terroristico. Qui la Corte osservò che il notevole lasso di tempo trascorso dai fatti relativi agli “anni di piombo” non consentiva di ritenere attuale la loro divulgazione, in mancanza di un obiettivo collegamento tra la circostanza del ritrovamento delle armi e la storia personale passata di un soggetto che, nel frattempo, aveva espiato la sua pena, e nutriva quindi la legittima aspirazione a essere dimenticato. In definitiva, l'occasione fornita da una notizia di cronaca, in qualche modo evocatrice di un determinato periodo storico (quello della lotta terroristica), non rappresentava motivo sufficiente per un automatico “rinnovamento” dell'interesse pubblico intorno a vicende personali rispetto alle quali, con il passare del tempo, era andato consolidandosi il contrapposto interesse all'oblio.

Non riguarda la carta stampata, bensì una trasmissione televisiva, Sez. 1, n. 6919/2018, Valitutti, Rv. 647763-01. Si trattava della riproposizione, nell'ambito di una trasmissione incentrata sui personaggi “più antipatici” del mondo dello spettacolo, di un servizio (realizzato cinque anni prima) nel quale un noto cantautore si era rifiutato di rilasciare un'intervista a una *troupe* che lo aveva “intercettato” all'uscita da un ristorante. La pronuncia pone in esponente la questione se la pretesa all'oblio costituisca un diritto “assoluto” (nel senso che il semplice trascorrere del tempo pone l'interesse del titolare del dato o dell'informazione in una posizione di preminenza rispetto a quello di chi lo abbia divulgato), ovvero se contempra, tra i propri presupposti, il necessario riscontro di un (ulteriore) profilo lesivo della personalità dell'individuo (con riferimento, per esempio, al diritto alla reputazione, alla riservatezza o all'identità personale). La Cassazione sembra optare per la prima soluzione, sancendo, in linea di principio, la prevalenza del “fondamentale diritto all'oblio” (in sé e per sé considerato), suscettibile di recedere rispetto al diritto di cronaca solo in presenza di determinati requisiti, dei quali viene fornito un analitico elenco: il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (che deve rispondere a scopi di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero a scopi scientifici, didattici o culturali, e non già a finalità meramente divulgative o economico-commerciali); l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese; l'impiego di modalità improntate alla verità, non eccedenti lo scopo informativo nell'interesse del pubblico, e scevre da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di

tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico. Nell'ultima parte della motivazione, la Cassazione recupera, peraltro, i più classici stilemi argomentativi del bilanciamento del diritto alla reputazione con quello di critica/satira, lasciando sullo sfondo il diritto all'oblio. La censura del contegno della parte convenuta si incentra, infatti, sulla *“ingiustificata denigrazione dell'artista, fatto apparire come una persona costantemente scorbutica ed antipatica, e per di più, ormai da tempo, al termine della propria carriera”*, con arbitraria generalizzazione non supportata da *“un diligente lavoro di ricerca, effettuato sulla base di fonti «affidabili e verosimili»”*.

Il “pentologo” dei requisiti che devono assistere la pubblicazione della notizia, ai fini di una legittima compressione del diritto all'oblio, è poi richiamato da Sez. 3, n. 28084/2018, Gianniti, non massimata, che ha rimesso al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni unite, la questione del bilanciamento del diritto all'oblio col diritto di cronaca. La vicenda giunta all'attenzione della Corte riguardava un uomo che, dopo aver espiato la pena per l'omicidio della moglie, aveva faticosamente riconquistato una dimensione di “normalità”, e che pertanto si doleva del fatto che la sua storia fosse stata riesumata nella rubrica di un giornale locale che riproponeva all'attenzione dei lettori vecchie notizie di cronaca nera che avevano segnato la comunità cittadina, con conseguenti pesanti ripercussioni sul piano psicologico e relazionale. Una fattispecie che evocava, dunque, la figura “classica” di diritto all'oblio, nella quale all'interesse a che non vengano rievocati determinati fatti del passato si contrappone il diritto di cronaca giornalistica.

7. La pronuncia delle Sezioni unite n. 19681/2019.

La decisione delle Sezioni unite s'impenna sulla distinzione concettuale tra cronaca e rievocazione storica (o storiografica) dei fatti. Allorquando venga ripubblicata, *“a distanza di un lungo periodo di tempo”*, una notizia per la quale non siano intervenuti elementi tali da rinnovarne l'attualità, la divulgazione non è riconducibile all'esercizio del diritto di cronaca, bensì all'attività storiografica, la quale, in linea di massima (salvo, cioè, che si tratti di personaggi pubblici o di fatti il cui svolgimento implichi necessariamente il richiamo all'identità dei protagonisti), deve mantenere l'anonimato, *“perché nessuna particolare utilità può trarre chi fruisce di quell'informazione dalla circostanza che siano individuati in modo preciso coloro i quali tali atti hanno compiuto”*. Salvo eccezioni, al protagonista dei fatti passati è consentito, pertanto, di “riappropriarsi della propria storia personale”, facendo calare l'oblio (se non sui fatti di per sé, quantomeno) sulla propria identità.

Orbene, se la fattispecie concreta esaminata dalla pronuncia si lasciava agevolmente inscrivere in questo paradigma (l'omicidio era avvenuto ben ventisei anni prima della pubblicazione dell'articolo, e il suo autore era privo di qualsivoglia notorietà), la *regula juris* dettata dalle Sezioni sembrerebbe postulare la possibilità di

individuare *a priori* una nitida linea di confine tra cronaca e storiografia, ciò che appare, invero, assai problematico. Del resto, una “categorizzazione” precostituita non sembra consona alla stessa *ratio* posta dalla Corte a fondamento delle proprie considerazioni, posto che, in molti casi, la conoscenza dell’identità del protagonista è irrilevante anche per i fatti di cronaca. Non sembra, pertanto, potersi disconoscere il ruolo fondamentale spettante al giudice di merito, cui necessariamente compete la difficile opera di bilanciamento in concreto delle situazioni giuridiche che, di volta in volta, entrano in conflitto (e che potrebbe veder prevalere, per esempio, la pretesa all’anonimato anche del personaggio famoso, rispetto a circostanze che pertengono alla sua sfera intima, che nulla hanno a che fare con la sua vita sociale o l’ambito nel quale la sua notorietà si propaga).

8. La nozione “tecnologico-digitale”.

La seconda accezione del diritto all’oblio (di cui sopra s’è dato brevemente conto) rappresenta una diretta emanazione del concetto di *privacy* informatica, consistente nell’interesse del soggetto al controllo dell’insieme delle informazioni che definiscono la propria immagine sociale (la c.d. autodeterminazione informativa). Il *proprium* di questa concezione risiede nelle modalità con cui i dati personali vengono archiviati e diffusi, tipiche delle nuove tecnologie (segnatamente *internet* e le banche-dati), di modo che, più che con la riproposizione di una notizia a distanza di tempo, si ha a che fare – come detto – con la persistente accessibilità della stessa da parte di un numero potenzialmente illimitato di persone. Infatti, da un lato i meccanismi della rete consentono a chiunque di pubblicare qualsiasi informazione (riguardante se stesso o terzi); dall’altro, una volta che ciò sia avvenuto, l’originario autore della pubblicazione perde ogni possibilità di controllo sulla successiva circolazione e conservazione dell’informazione, che diviene quindi accessibile e rintracciabile da qualsiasi utente per un periodo di tempo potenzialmente illimitato. Si pensi al circuito “parallelo” di circolazione delle informazioni, originato dai motori di ricerca, i quali, interrogati dall’utente mediante l’utilizzo di parole chiave, sono in grado di recuperare le notizie, facendole “riemergere” dalla moltitudine dei siti sorgente (anche nel caso in cui, per avventura, da questi ultimi fossero state cancellate).

A fungere da contraltare nel giudizio di bilanciamento non è, pertanto (o non è soltanto, il diritto di cronaca (generalmente riconducibile all’attività giornalistica), bensì qualsiasi attività di raccolta di dati personali.

In un contesto di tal genere, quale forma di tutela più pregnante, al fine di espungere *in toto* dalla rete i “frammenti” della personalità dell’individuo rappresentati dalle informazioni *ivi* circolanti, si pone la cancellazione dei dati personali già diffusi. L’istanza di cancellazione può, peraltro, essere rivolta nei confronti di soggetti che rivestono ruoli diversi nel *mare magnum* del *web*, quali ad

esempio i gestori dell'originario "sito-sorgente", ovvero di archivi digitali o motori di ricerca, ovvero ancora di pagine di *social networks* contenenti *links* in grado di condurre a determinate notizie.

Questa dimensione del fenomeno è venuta alla ribalta con la sentenza della Corte di Giustizia UE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain e Google*, che riconobbe il diritto al c.d. *delisting* con riferimento a un *link* il quale, attraverso gli archivi *on line* di un quotidiano, consentiva di risalire a un articolo che rievocava l'episodio di un'asta immobiliare conseguente a un pignoramento subito dal soggetto per il mancato pagamento di debiti previdenziali. In questo caso, la Corte di Giustizia, dopo aver qualificato come "trattamento di dati personali" l'attività propria dei motori di ricerca (con conseguente riconoscimento, in capo al relativo gestore, della qualità di "responsabile del trattamento", destinatario della richiesta di "deindicizzazione" da parte dell'interessato), ha ritenuto che le prerogative personali di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea debbano prevalere vuoi sugli interessi economici del motore di ricerca, vuoi sull'interesse del pubblico ad avere accesso a tale specifica informazione, nell'ambito di una ricerca condotta sul nome del suo protagonista. Una conclusione, questa, che non risolve, peraltro, tutti i problemi. In primo luogo, perché sembra lasciare poco spazio alla ponderazione, caso per caso, degli interessi in conflitto: al titolare dei dati (tranne nel caso in cui si tratti di personaggio "pubblico") viene riconosciuto un dominio *lato sensu* "proprietario" sui dati personali che lo riguardano, non richiedendosi l'effettiva evidenza di un pregiudizio concreto ai fini della cancellazione. In secondo luogo, perché non consente di ottenere un oblio assoluto su *internet*, dal momento che, anche dopo la cancellazione del *link* dal motore di ricerca, i dati personali potrebbero continuare ad essere conservati dall'originario titolare del trattamento (vale a dire il gestore del sito-sorgente).

Nella giurisprudenza di legittimità domestica, tre sono le pronunce che, di recente, si sono confrontate con questa nuova dimensione del diritto all'oblio.

Sez. 3, n. 5525/2012, Scarano, Rv. 622169-01, affrontò il caso peculiare della notizia dell'arresto dell'attore, avvenuto vent'anni prima, divenuta accessibile a seguito della digitalizzazione dell'archivio di un importante quotidiano a tiratura nazionale. La Cassazione osservò che l'accessibilità della notizia a un numero potenzialmente illimitato di persone impone all'editore di aggiornare l'informazione, nella specie dando conto della circostanza che l'interessato era poi stato assolto. Lecita doveva considerarsi, dunque, l'originaria pubblicazione della notizia, così come la sua successiva conservazione nell'archivio pubblicato *on line* per finalità storiche. L'effetto lesivo per i diritti della personalità dell'interessato non era legato, quindi, ad una "ripubblicazione" della notizia, ma alla semplice

fruibilità della stessa da parte degli utenti della rete, anche a distanza di anni, attraverso la consultazione dell'archivio. L'angolo visuale da cui riguardare la fattispecie è, allora, quello del diritto all'identità personale, che postula non tanto una volontà di far dimenticare la notizia, quanto piuttosto l'esigenza di rettificarne la portata in relazione ai fatti *medio tempore* accaduti, in modo da restituire un'immagine del soggetto coerente con l'evolversi della sua personalità sociale. A venire in gioco sono, dunque, i poteri riconosciuti all'interessato per far cancellare (o rettificare) i dati personali (tuttora) reperibili in rete. La pronuncia in esame non sembra, tuttavia, rimettere l'attivazione della tutela all'iniziativa del titolare dei dati, addossando piuttosto in capo al gestore del sito l'onere di un perenne aggiornamento e "contestualizzazione" della notizia a suo tempo divulgata o memorizzata (con tutto quanto ciò comporta in termini di costi e di stessa realizzabilità tecnica da parte dei *providers*).

In Sez. 1, n. 13161/2016, Giancola, Rv. 640218-01, si discuteva della rimozione di alcune pagine *web* contenenti un articolo che dava conto di una vicenda giudiziaria penale (relativa a un fatto di tre anni prima e non ancora conclusasi) che l'attore riteneva pregiudizievole per la propria reputazione. In particolare, era risultato che digitando il nome del ristorante gestito dall'attore sul motore di ricerca *Google*, era possibile accedere a un *link* che consentiva di visualizzare l'articolo in discorso. Secondo la Corte, la sistematicità e la capillarità della diffusione sul *web* di dati "particolarmente sensibili" (siccome afferenti a un giudizio penale) rende – in linea di principio - recessivo, dopo un certo lasso di tempo, il diritto di cronaca giornalistica rispetto ai diritti della personalità dell'interessato (nel caso di specie, il diritto alla riservatezza), in mancanza di ulteriori elementi che rinnovino l'interesse sociale alla ricezione di tale informazione.

Sui generis la fattispecie affrontata da Sez. 1, n. 19761/2017, Nazzicone, Rv. 645195-03. Un imprenditore edile si doleva che, a seguito del trattamento, da parte di una società di informazione professionale, delle notizie che lo riguardavano, risultanti dal registro delle imprese (segnatamente, del fallimento in cui era incorso, con altra società, diversi anni addietro), non riusciva a trovare acquirenti per gli appartamenti di un complesso turistico in corso di costruzione. Domandava, pertanto (oltre al risarcimento dei danni alla propria immagine professionale), la cancellazione o la trasformazione in forma anonima dei suddetti dati, in modo che il suo nome non potesse più essere associato alla compagine societaria protagonista del risalente fallimento. A seguito di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea *ex art. 267 TFUE*, la Cassazione ha escluso che l'interesse privato alla redditività dell'investimento immobiliare possa prevalere su quello pubblico alla trasparenza delle vicende societarie (preordinato, a sua volta, a

garantire la sicurezza degli scambi economici), non essendovi alcuna norma che contempli la possibilità di limitare cronologicamente l'ostensione dei dati iscritti (per legge) nel registro delle imprese. Dunque, non è *a priori* esclusa la possibilità di una deroga alla regola generale, ma la relativa previsione è rimessa al legislatore, cui resta affidata la valutazione circa la preminenza di particolari interessi su quello generale espresso dalla disciplina dell'informazione societaria.

9. La configurazione normativa del diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità.

Quale prerogativa strumentale alla (ri)affermazione del diritto alla riservatezza o all'identità personale, il diritto all'oblio può ricondursi sotto l'egida delle fonti normative poste a tutela di queste situazioni soggettive, costituite – come noto – dagli artt. 2, 3, 13, 14, 15 e 21 Cost.; 10, comma 2, della CEDU; 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È noto, peraltro che, con l'affermarsi della moderna concezione di *privacy* (intesa come interesse al controllo sulla circolazione delle informazioni personali), accanto ai diritti della personalità “classici” ha trovato consacrazione normativa il diritto alla protezione dei dati personali, formula sintetica che riassume in sé il complesso dei poteri riconosciuti all'interessato per l'accesso e il controllo sulle informazioni che lo riguardano, in funzione della protezione di variegati interessi personalistici (primo fra tutti, l'identità personale, di cui il diritto all'oblio – come detto – rappresenta una specificazione). La posizione soggettiva in discorso ha ricevuto pieno riconoscimento, quale diritto fondamentale dell'individuo, dall'art. 16 del TFUE e dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE, nonché, a livello interno, dall'art. 1 e 2, comma 1, del d. lgs. n. 196 del 2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali), oggi abrogato dal regolamento UE n. 2016/679 (che a sua volta, all'art. 1, comma 2, menziona la tutela del diritto alla protezione dei dati personali come finalità precipua della disciplina comunitaria).

È stato così apprestato, a favore dell'interessato, un sistema di tutele che non si arresta alla dimensione inibitorio-risarcitoria (secondo lo schema tradizionale, tipico dei diritti della personalità), ma assume una peculiare connotazione “ripristinatoria”, attuantesi non soltanto attraverso la rimozione *tout court* dei dati personali dal circuito informativo, ma anche attraverso la rettifica o aggiornamento degli stessi, in funzione “conformativa” rispetto al nuovo atteggiarsi dell'identità personale dell'individuo.

È intuitiva la consonanza che questo tipo di tutela presenta con il diritto all'oblio (nella sua versione “tecnologico-digitale”), essendo la cancellazione dei dati personali indebitamente divulgati – come s'è visto – il principale strumento di protezione dell'interesse a non essere più ricordato in relazione a determinate

vicende che ormai non rivestono più alcun interesse pubblico. E invero, l'unica disposizione legislativa a far esplicito riferimento al diritto all'oblio (sia pure tra parentesi, e nella sola rubrica) è l'art. 17 del regolamento UE citato, che enumera proprio i casi in cui l'interessato *“ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano”*, prevedendo che, in tali ipotesi, il titolare *“adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali”*. La norma non contiene alcuna definizione del diritto all'oblio, né fissa un criterio attraverso il quale valutare la perdita di attualità della notizia, e neppure differenzia la posizione dei diversi soggetti che siano entrati nella disponibilità del dato personale (siti-sorgente, altri *providers*, motori di ricerca).

Invece, la considerazione di tali aspetti induce a considerare la cancellazione del dato come rimedio insufficiente (o comunque non pienamente congruente) rispetto allo scopo avuto di mira dall'interessato. La richiesta rivolta all'originario titolare del trattamento potrebbe non essere idonea, infatti, a far scomparire una determinata notizia dalla rete, nella misura in cui questa sia stata ripresa da altri siti, o “indicizzata” da motori di ricerca, o conservata in archivi telematici. Per questo, è stato riconosciuto dalla giurisprudenza, in capo all'interessato, il diritto alla “deindicizzazione” dai motori di ricerca, o alla “anonimizzazione” del dato, o ancora alla sua esatta contestualizzazione attraverso un aggiornamento dello stesso.

Più in generale, lo stesso interessato potrebbe ritenere più consono ai propri interessi un tipo di intervento meno radicale e più flessibile, volto cioè non già a eliminare del tutto dal *web* una determinata “traccia di sé”, ma a ricollocarla in un più completo e aggiornato contesto. Se, dunque, nello scenario tecnologico-digitale, dal diritto all'oblio in senso stretto si ascende alla prospettiva più ampia della tutela dell'identità dinamica del soggetto, ecco che il diritto alla cancellazione dei dati viene ad iscriversi in un più ampio insieme di prerogative, quali quelle messe a disposizione dell'interessato dagli articoli 16 (rettifica dei dati inesatti e integrazione di quelli incompleti), 18 (diritto alla “limitazione” del trattamento) e 21 del regolamento comunitario (diritto di opposizione alla protrazione del trattamento). Prerogative che appaiono costituire il contraltare rimediale dei principi generali cui dev'essere informato il trattamento dei dati personali, in particolare del principio di “minimizzazione” (per cui gli stessi devono essere *“adequati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati”*: art. 5, comma 1, lett. c), di “esattezza” (per cui devono essere *“esatti e, se necessario, aggiornati”*, sicché *“devono essere adottate tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente i dati inesatti rispetto alle finalità per le quali sono trattati”*: art. 5,

comma 1, lett. d), e di “limitazione della conservazione” (per cui devono essere *“conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati”*: 5, comma 1, lett. e).

Per quanto più specificamente riguarda il rapporto tra diritto all'oblio e attività giornalistica, la lett. a) del par. 3 dell'articolo 17 contempla un'eccezione al diritto alla cancellazione per l'ipotesi in cui il trattamento dei dati personali sia funzionale all'esercizio del *“diritto alla libertà di espressione e di informazione”*. L'art. 85 del regolamento riserva alla legislazione interna degli Stati membri il compito di conciliare *“la protezione dei dati personali ai sensi del presente regolamento con il diritto alla libertà d'espressione e di informazione, incluso il trattamento a scopi giornalistici o di espressione accademica, artistica o letteraria”*. E l'art. 137 del d. lgs. n. 196/03 (come sostituito dal d. lgs. n. 101/18) eleva a presupposto di liceità del trattamento dei dati nel contesto dell'attività giornalistica il rispetto delle regole deontologiche predisposte ai sensi dell'art. 139, aggiungendo peraltro che *“restano fermi i limiti del diritto di cronaca a tutela dei diritti di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del Regolamento e all'articolo 1 del presente codice e, in particolare, quello dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico”*. L'art. 3 del “Testo unico dei doveri del giornalista” (approvato il 27 gennaio 2016), intitolato “identità personale e diritto all'oblio”, da parte sua, alla lett. a) prevede che il giornalista *“rispetta il diritto all'identità personale ed evita di far riferimento a particolari relativi al passato, salvo quando essi risultino essenziali per la completezza dell'informazione”*, e, alla lett. b), che, *“nel diffondere a distanza di tempo dati identificativi del condannato valuta anche l'incidenza della pubblicazione sul percorso di reinserimento sociale dell'interessato e sulla famiglia (..)”*. Si ritorna, dunque, per tale via, al bilanciamento in concreto secondo i noti criteri di elaborazione giurisprudenziale, arricchiti dall'ulteriore requisito della persistente attualità dell'interesse pubblico alla conoscenza di una notizia che sia stata riproposta a distanza di tempo dalla sua originaria pubblicazione. Di modo che, se tale attualità manca, non vi è esercizio legittimo del diritto all'informazione, e dunque, non opera l'eccezione di cui alla citata lett. a del par. 3 dell'art. 17, con conseguente prevalenza dell'interesse alla cancellazione manifestato dal soggetto cui i dati si riferiscono.

10. Conclusioni.

Tirando le fila del discorso, una delle principali questioni poste dall'emersione sulla scena giurisprudenziale del diritto all'oblio è se l'interesse dei consociati a che una data informazione che li riguardi, (più o meno) risalente nel tempo, venga dimenticata, sia meritevole di tutela in sé e per sé, ovvero postuli la verifica della concorrente lesione di un (altro) diritto della personalità. È evidente, infatti, che l'interesse ad essere dimenticati stride con le modalità di funzionamento e con la stessa filosofia di fondo di *internet*, che vive proprio dell'immagazzinamento di

informazioni, in molti casi scientemente divulgate dallo stesso interessato. Una protezione indiscriminata del diritto all'oblio rischierebbe, allora, di tradursi in una sorta di "eugenetica" selettiva delle informazioni presenti sulla rete, a discapito della rappresentazione (per quanto possibile) veritiera dei fatti e delle persone.

In una visione che lo raccordi, quale particolare strumento di tutela, agli altri diritti della personalità (e in particolare al diritto all'identità personale), il diritto all'oblio esibisce, invece, un utile profilo operativo, legato alla necessità della "rinnovazione" della valutazione circa la sussistenza dell'interesse pubblico, nel caso di riproposizione di notizie datate. Valutazione che, ove abbia esito negativo, conduce alla conclusione della prevalenza, nel giudizio di bilanciamento con il contrapposto interesse di colui che abbia propalato la notizie, del diritto della personalità dell'interessato, volta a volta declinato in termini di riservatezza o identità personale.

In ogni caso, il diritto all'oblio non sembra integrare un autonomo diritto della personalità, lasciandosi piuttosto configurare come sintagma descrittivo di una peculiare tecnica di tutela del diritto all'identità personale (o, se si vuole, del diritto alla protezione dei dati personali, che a sua volta esibisce una natura funzionale ad evitare un pregiudizio alle varie modalità di estrinsecazione della personalità dell'individuo).

V) ALTERAZIONE DI STATO.

(DI MARZIA MINUTILLO TURTUR)

SOMMARIO: 1.L'alterazione di stato, profili interpretativi a seguito delle pronunce della Corte costituzionale. - 2. Gli orientamenti della Corte di cassazione in materia di alterazione di stato contestata quanto al ricorso alla c.d. "gestazione per altri". - 3. L'ordine pubblico internazionale: evoluzione interpretativa dei giudici di merito e della Corte di cassazione civile.

1.L'alterazione di stato, profili interpretativi a seguito delle pronunce della Corte costituzionale.

Nell'affrontare le diverse tematiche che hanno toccato la previsione di cui all'art. 567 cod. pen. occorre certamente richiamare le due pronunce della Corte Costituzionale che hanno inciso in epoca recente sulle caratteristiche della disposizione in esame. In particolare la sentenza della Corte costituzionale n. 31 del 2012 ha affermato che è costituzionalmente illegittimo l'art. 569 cod. pen., nella parte in cui stabilisce, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall'art. 567, secondo comma, del codice penale, consegua di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. La decisione trae origine dall'ordinanza del Tribunale di Milano con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in procedimento che vedeva imputata una madre per aver alterato lo stato civile della figlia neonata nella formazione dell'atto di nascita, mediante false attestazioni consistite nel dichiararla figlia naturale, sapendola legittima in quanto concepita in costanza di matrimonio. È stata dunque rimessa alla valutazione della Corte la portata e contenuto della sanzione accessoria di cui all'art. 569 cod.pen., in considerazione della mancanza assoluta di discrezionalità e possibilità di valutazione del caso concreto da parte del giudice, nella prospettiva di attuare il prevalente interesse del minore, che appunto potrebbe anche non coincidere con l'automatismo previsto dall'art. 569 cod. pen.

Quanto alla previsione di alterazione di stato emerge, secondo l'ordinanza di rimessione, la necessità di considerare una serie di valori costituzionali *ex* art. 3, 27, 2, 30 e 31 Cost., che portano alla imprescindibile considerazione dell'interesse primario del minore a crescere ed essere educato all'interno della propria famiglia naturale, potendo dunque risultare irragionevole, e quindi in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, l'applicazione automatica della pena accessoria della decadenza della potestà genitoriale a seguito di condotte che potrebbero in ipotesi anche essere dettate da una finalità di tutela e protezione del minore, quanto a comportamenti pregiudizievoli posti in essere dall'altro genitore.

La Corte costituzionale nella propria decisione ha evidenziato come il dettato della norma renda palese che la pena accessoria consegue di diritto alla condanna pronunciata contro il genitore, precludendo al giudice ogni possibilità di

valutazione e bilanciamento dei diversi interessi implicati nel processo. Richiama quindi la portata di una serie di previsioni, anche internazionali (Convenzione sui diritti del fanciullo di New York, Convenzione europea sui diritti del fanciullo), quanto all'interesse del figlio minore a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia; interesse da ritenere del tutto preminente e possibile oggetto di incisione solo a seguito dell'acquisizione di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore. La Corte sottolinea la portata dell'art. 30 Cost., in correlazione con la previsione di cui all'art.147 cod. civ., quale elemento centrale nel delineare gli elementi costitutivi della potestà genitoriale. La potestà genitoriale dunque si caratterizza per l'obbligo dei genitori di assicurare ai figli un completo percorso educativo, garantendo benessere, salute, crescita, anche spirituale, del minore secondo le possibilità socio- economiche dei genitori. Rileva, dunque, la Corte nelle sue conclusioni, sempre tenuto conto dell'interesse preminente del minore, come non si possa ritenere conforme al principio di ragionevolezza, perché in violazione dell'art. 3 della Costituzione, il disposto dell'art. 569 cod. pen., che, proprio per l' automatismo che lo connota, di fatto ignora tale preminente interesse.

Occorre invece che sia possibile una valutazione discrezionale del giudice nel considerare il bilanciamento di interessi tra la posizione del minore, e la sua finalità di tutela, e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche del fatto criminoso commesso. La violazione del principio di ragionevolezza viene quindi affermata dalla Corte anche in considerazione dei caratteri propri del delitto di cui all'art. 567 cod. pen., che di per sé non si caratterizza per una presunzione assoluta di pregiudizio morale e materiale dell'interesse del minore, sicché non può essere ritenuta in modo automatico l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale.

La sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 21/09/2016 affronta invece, quanto all'art. 567 cod. pen., una diversa questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Varese, relativa al trattamento sanzionatorio, ritenuto eccessivo e sproporzionato, previsto per la condotta di cui al secondo comma della disposizione. Nell'ordinanza di rimessione viene richiamato quale parametro di riferimento l'art. 3 della Costituzione in considerazione del diverso trattamento sanzionatorio previsto per il delitto disciplinato dal primo comma della disposizione, nonché l'art. 27 della Costituzione, poiché una previsione sanzionatoria così elevata, specialmente nel minimo edittale, non consentirebbe al giudice di irrogare sanzioni effettivamente proporzionate al disvalore della condotta, violando così il principio di personalità della responsabilità penale ed anche il principio secondo il quale la pena deve necessariamente tendere alla rieducazione del condannato.

Il giudice remittente articola una serie di considerazioni, anche con riferimento all'art. 8 della Convenzione EDU, ed afferma come una cornice edittale così severa sembrerebbe in contraddizione sia con il reale disvalore della condotta - mutato con l'evolversi delle condizioni normative, tecniche e scientifiche, che hanno evidenziato il rilievo per cui l'atto di nascita non può più essere considerato l'unico strumento per accertare il reale *status filiationis* - sia in considerazione delle riforme recenti del diritto di famiglia che consentirebbero la reclamabilità dello status di figlio contrario a quello attribuito dall'atto di nascita, anche nel caso in cui un neonato sia stato iscritto come figlio di ignoti, ovvero in conformità ad altra presunzione di paternità.

La Corte costituzionale ha effettivamente ritenuto la sproporzione della cornice edittale prevista dal secondo comma dell'art. 567 cod. pen. sul piano della ragionevolezza intrinseca in considerazione del reale disvalore della condotta punita. Viene riscontrata quindi una lesione del principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso e quello della finalità rieducativa della pena (art. 3 e 27 della Costituzione). Considera la Corte l'irragionevolezza per eccesso della sanzione che il giudice dovrebbe irrogare anche in relazione al già affermato principio secondo il quale la disposizione dell'art. 567 cod. pen. in sé, a differenza di altre disposizioni criminose in danno di minori, non reca una presunzione assoluta di pregiudizio per i minori. L'irragionevolezza emerge in particolare nel caso in cui di fatto il giudice si trovi a dover necessariamente infliggere una sanzione penale irragionevolmente sproporzionata per eccesso anche ove l'agente abbia agito, seppur scorrettamente commettendo un falso, al fine di attribuire un legame familiare e parentale al minore che altrimenti ne rimarrebbe privo. La Corte ha quindi condotto il proprio argomentare in ordine alla irragionevolezza intrinseca della previsione quanto alla dosimetria della pena mediante una valutazione tra il primo e secondo comma della disposizione, rilevato come le due fattispecie non possano essere considerate del tutto disomogenee, poiché indirizzate a proteggere il medesimo bene giuridico (l'interesse del minore a vedersi riconosciuto un rapporto familiare corrispondente alla propria effettiva ascendenza). In presenza dunque della lesione di un medesimo bene, protetto dall'ordinamento secondo due diverse previsioni, la soluzione deve essere individuata nell'applicazione della medesima cornice sanzionatoria (quella del primo comma) alle diverse previsioni contenute nell'art. 567 cod. pen.

A seguito della decisione della Corte costituzionale in materia di cornice edittale dell'art. 567 cod. pen. sono intervenute due diverse decisioni della Corte di cassazione sul tema.

In particolare Sez. 6 n. 35215 del 19/04/2017, Scorsone, non massimata, ha

chiarito che la richiesta di rideterminazione della pena, tenuto conto della nuova cornice edittale riferibile all'art. 567, comma secondo, cod. pen., deve essere presentata al giudice dell'esecuzione, in applicazione del consolidato principio secondo cui, quando successivamente alla pronuncia di una sentenza irrevocabile di condanna, interviene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, e quest'ultimo non è stato interamente eseguito, il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento correttivo da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo avvalersi di poteri penetranti in tema di accertamento e valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali. Sez. 7 n. 41407 del 22/06/2017, Mamutaj, non massimata, ha affrontato il caso relativo all'intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 567 cod. pen. dopo la pronuncia di sentenza di condanna in appello. Ha evidenziato come la pena nel caso concreto, commisurata nel minimo, con applicazione di due attenuanti, dovrebbe essere rivalutata nell'ambito della nuova cornice edittale, che risulta operante ai sensi dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, non influenzando in senso contrario l'inammissibilità dei motivi di ricorso. Afferma infatti la Corte, richiamando la decisione delle Sez. U. n. 33040 del 26/02/2015, Jazouli, Rv. 264207, che nel giudizio di cassazione l'illegalità della pena conseguente a una dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d'ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo. In concreto tuttavia la Corte, rilevato l'intervenuto decorso del termine di prescrizione ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata.

2. Gli orientamenti della Corte di cassazione in materia di alterazione di stato, anche contestata quanto al ricorso alla c.d. “gestazione per altri”.

I casi concreti che hanno impegnato sia i giudici di merito, che, conseguentemente, la Corte di cassazione, in tema di alterazione di stato hanno riguardato in diverse occasioni l'accesso da parte di coppie sterili alla c.d. “gestazione per altri”, normalmente realizzata anche per il tramite di fecondazione eterologa. Si tratta, in sostanza, del tentativo di queste coppie di giungere a realizzare il proprio progetto familiare tramite la collaborazione di una donna, definita come “madre portante”, disponibile a tentare di portare avanti una gravidanza realizzata mediante il collocamento in utero di un embrione normalmente composto da un ovocita oggetto di donazione da terza donna e il patrimonio genetico dell'uomo della coppia. Le problematiche conseguenti, eticamente sensibili e caratterizzanti le più approfondite elaborazioni recenti in tema di diritti della persona e biodiritto, trovano la loro ragione sia nel divieto del

ricorso a tale pratica sancito dall'art. 12 della legge n. 40 del 2004 sanzionato con apposita previsione di delitto, che nelle condotte poste in essere dai coniugi successivamente alla nascita del bambino con gestazione per altri. Infatti, a seguito della nascita del bambino, i paesi nei quali la gestazione per altri è consentita e disciplinata, rilasciano un certificato di nascita nell'ambito del quale risultano genitori il padre, normalmente il soggetto della coppia legato geneticamente al minore, e la c.d. "madre sociale". I genitori normalmente si recano quindi con questo certificato presso il consolato e ne chiedono la trascrizione. Proprio da questa richiesta di trascrizione, e dai dubbi in diverse occasioni sollevati dagli ufficiali di stato civile addetti alla trascrizione, sono derivate una serie di contestazioni a carico dei coniugi per il delitto di alterazione di stato. L'analisi delle sentenze della Corte di cassazione sul punto, sia penale che civile, evidenzia l'emergere di una serie di problematiche rilevanti e sensibili, l'interferenza con il diritto privato internazionale e con il concetto di ordine pubblico internazionale.

Quanto alle decisioni della Corte di cassazione penale occorre considerare innanzi tutto Sez. 6, n. 47136 del 17/09/2014, P., Rv. 260996, che ha affermato che ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 567, comma secondo, cod. pen., è necessaria un'attività materiale di alterazione di stato che costituisca un "*quid pluris*" rispetto alla mera falsa dichiarazione, e si caratterizzi per l'idoneità a creare una falsa attestazione, con attribuzione al figlio di una diversa discendenza, in conseguenza dell'indicazione di un genitore diverso da quello naturale. In particolare la Corte ha escluso che la condotta di una madre che si era limitata ad omettere l'indicazione del suo stato matrimoniale all'atto della dichiarazione della nascita del figlio potesse configurare il reato di alterazione di stato, dovendo ravvisarsi invece la fattispecie di cui all'art. 495 cod. pen., in quanto la dichiarazione, pur se non veritiera, non era idonea ad eliminare il rapporto di filiazione effettivamente sussistente tra detto minore e il marito, in forza di quanto stabilito dall'art. 232, comma secondo, cod. civ. In questo caso non ricorreva una ipotesi di gestazione per altri, ma la Corte ha evidenziato come in generale non possa bastare la presentazione di una dichiarazione non veritiera ad integrare il reato, poiché quanto alla discendenza e dunque alla paternità operano presunzioni che non possono essere intaccate da un tale limitato comportamento seppure non lecito. Ed infatti la condotta, pur ritenuta non idonea ad integrare la fattispecie di alterazione di stato, in realtà porta alla diversa ipotesi di cui all'art. 495 cod. pen., essendo stata resa una dichiarazione pacificamente non veritiera. Un ulteriore caso viene affrontato dalla Sez. 6, n. 51662 del 30/10/2014, P., Rv. 261448, che ha analizzato le caratteristiche dell'elemento soggettivo del reato affermando che il delitto di alterazione di stato previsto dall'art. 567, comma secondo, cod. pen., richiede il dolo generico che consiste nella contemporanea presenza nell'agente della consapevolezza della falsità della dichiarazione, della volontà di effettuarla e della previsione dell'evento di attribuire al neonato uno stato civile diverso da

quello che gli spetterebbe secondo natura, mentre l'intenzione di favorire il neonato mediante l'attribuzione di un genitore diverso da quello naturale può essere valutata solo per l'eventuale concessione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 1), cod. pen. Il caso si caratterizzava per l'attribuzione da parte della madre al figlio dello stato di figlio naturale del suo attuale compagno, mentre in realtà era stato concepito con il proprio precedente compagno, con il quale si era quasi immediatamente interrotto il suo legame sentimentale. In questo caso la Corte di cassazione si è limitata a rilevare la sostanziale incongruenza della motivazione della sentenza della Corte di appello nella valutazione delle emergenze dibattimentali, in considerazione del riconosciuto atto di attribuzione di paternità naturale, intenzionale e consapevole, ad altro soggetto rispetto al padre genetico. In sostanza la Corte in questa decisione ha voluto precisare che l'eventuale movente positivo, con attribuzione al minore di un genitore sociale che aveva intenzione di occuparsi effettivamente del minore rispetto al padre naturale, non può incidere sull'effettiva integrazione del delitto, ma, tutt'al più, essere preso in considerazione al fine della concessione della circostanza attenuante di cui all'art. 62 comma 1, n.1 cod. pen.

Sez. 6, n. 8060 del 11/11/2015, L. e altro, Rv. 266167, affronta per la prima volta in modo esplicito il tema della contestazione dell'alterazione di stato in caso di "gestazione per altri" ed afferma che non integra il reato di alterazione di stato, non ravvisandosi l'induzione in errore dell'ufficiale di stato civile, la trascrizione in Italia di un falso atto di nascita formato all'estero in forza di una richiesta presentata da parte del solo padre biologico del neonato, corredata da documenti che dimostravano che la madre effettiva del neonato era diversa da quella indicata nell'atto. Dalla motivazione emerge che nel caso concreto dopo la formazione in Ucraina di un falso atto di nascita, alla prima richiesta di trascrizione presentata dagli imputati, coniugi che si dichiaravano genitori del bambino, è seguita una seconda istanza da parte solo del solo padre biologico, con la produzione di documenti che dimostravano chi fosse la madre effettiva del neonato. Tale decisione analizza il caso di una gestazione per altri eseguita in Ucraina con conseguente nascita di un bambino con legami biologici riferibili solo al padre. In primo grado il G.u.p. aveva ritenuto non integrata la condotta contestata per l'innocuità del falso, correlato comunque ad un certificato di nascita formato in coerenza con la *lex loci*, considerato che erano le stesse parti richiedenti la trascrizione a dimostrare, con documentazione allegata, la ricorrenza di genitorialità sociale per la madre. Il reato esaminato secondo la Corte si concreta in un falso ideologico funzionale ad una alterazione dello *status* di filiazione ascrivibile al neonato, alterazione che viene a realizzarsi ad esito di una registrazione anagrafica resa, grazie al falso, in termini distonici rispetto al naturale

rapporto di procreazione.

Individua la decisione il bene tutelato dalla disposizione, ovvero il complesso interesse sotteso allo stato di filiazione, di natura complessa e relativo sia alla situazione di fatto derivante dalla procreazione, che alla tutela dei rapporti familiari e genitoriali. Ritiene la Corte che per giungersi effettivamente alla integrazione della condotta di alterazione di stato occorre che la condotta di falso si muova “all’interno della formazione dell’atto di nascita”, concretandosi il reato con la registrazione dell’atto stesso.

In tal senso si ritiene la registrazione anagrafica momento di fondamentale importanza per giungere ad una concreta valutazione della condotta di falso, poiché completa e definisce il quadro delle situazioni di fatto e di diritto legate alla veridicità della procreazione destinate a delineare lo *status filiationis* del minore. Tale considerazione deve però nel caso concreto essere valutata anche tenendo conto della disciplina relativa alla trascrizione in Italia degli atti formati all’estero *ex art.* 15, comma 2, del d.P.R. n. 396 del 2000. La Corte ritiene, nella propria decisione, che non rilevi al fine della consumazione del delitto di cui all’art. 567, comma secondo, cod. pen. la formazione di atto di nascita in esito a condotte viziate da falsità ideologica che non esondano i confini dello stato nel quale si sono formate, da valutare al massimo in forma tentata ove si determini una mancata trascrizione dell’atto per fattori sopravvenuti non riferibili agli imputati. Viene inoltre particolarmente sottolineato il profilo dell’ordine pubblico e trascrizione dell’atto di nascita con la valutazione sulla responsabilità penale basata sulla considerazione che, per l’ordinamento italiano, lo stato di filiazione trova il proprio presupposto nella coincidenza a monte tra discendenza naturale e emergenza documentale sottesa alla formazione dell’atto di nascita, così che si deve ritenere l’integrazione del reato se la formazione dell’atto di nascita “risulti sfalsata in fatto da effetti distonici anche legittimi in forza di quanto previsto dall’ordinamento straniero”, poiché la disposizione tutela “non solo le situazioni giuridiche consequenziali alla iscrizione anagrafica, ma anche quelle in fatto legate alla verità naturale della procreazione”.

Quanto alla soluzione del caso concreto, la Corte ha ritenuto l’eccentricità della situazione di fatto rispetto al principio affermato, poiché con la seconda richiesta di trascrizione presentata con riferimento al solo padre biologico del bambino, con documentazione allegata, non si è realizzata una effettiva ed incidente condotta di falso da parte dell’imputato, poiché l’ufficiale dello stato civile si determinava autonomamente alla trascrizione in applicazione di principi ed interpretazioni convenzionali. Non veniva dunque sostanzialmente indotto in errore dall’attestazione degli imputati. In conclusione dunque si poteva ritenere astrattamente corretta la contestazione della previsione di cui all’art. 567, comma

secondo, cod. pen., ma era da ritenere assente la capacità ingannatoria a causa della concreta emersione del reale legame biologico del minore esclusivamente con il padre.

Una questione analoga risulta affrontata dalla sentenza della Sez. 5, n. 13525 del 10/03/2016, E., Rv. 266672, con una analisi e valutazione dei presupposti giuridici di tale condotta parzialmente diversa dalla precedente decisione.

La Corte in particolare ha affermato che perché possa configurarsi il delitto di cui all'art. 567, comma secondo, cod. pen. la condotta deve comportare una alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto e, pertanto, deve escludersi l'ipotesi delittuosa nel caso di dichiarazioni di nascita effettuate ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000, in ordine a cittadini italiani nati all'estero e rese all'autorità consolare secondo le norme stabilite dalla legge del luogo.

In concreto la Corte ha escluso la configurabilità del reato nella condotta dei coniugi che avevano richiesto la trascrizione in Italia dell'atto di nascita del proprio minore, nato in Ucraina a seguito di “gestazione per altri”, esibendo in ambasciata il certificato redatto dalle autorità ucraine che li indicava come genitori, a seguito dell'autorizzazione della madre naturale e della “informazione di relazione genetica”.

Nella motivazione viene preliminarmente affrontata la rilevante questione se, per punire secondo la legge italiana il reato commesso all'estero, occorre che si tratti di fatto previsto come reato anche nello stato in cui è stato commesso (c.d. doppia incriminabilità).

Secondo alcune decisioni, specificamente richiamate, tale principio opererebbe esclusivamente ai fini dell'estradiizione, mentre in tema di reati commessi all'estero e di rinnovamento del giudizio (art. 7 e seguenti del cod. pen, art. 11 cod.pen.), la qualificazione delle fattispecie penali deve avvenire esclusivamente alla stregua della legge penale italiana, non rilevando la irrilevanza penale del fatto nello stato in cui la condotta è stata posta in essere; mentre per altre decisioni, nel caso di reati commessi all'estero, al di fuori dei casi tassativamente indicati all'art. 7, è condizione imprescindibile ed indispensabile che la condotta sia punibile oltre che dalla legge penale italiana anche dall'ordinamento estero, anche se con *nomen iuris* diverso.

Nella motivazione si chiarisce come la questione assuma rilevanza nella decisione del caso sottoposto alla Corte ai fini dell'effettivo riscontro della consapevolezza da parte degli imputati della penale perseguibilità della condotta relativa alla “gestazione per altri” sanzionata dalla l. n. 40 del 2004 e non ritenuta illecita dall'ordinamento ucraino, potendo in concreto ricorrere un errore proprio sulla portata applicativa del disposto dell'art. 9 cod. pen.

Richiamato quindi l'orientamento secondo il quale (Sez. 6, n. 35806 del

05/05/2008, G., Rv. 241254) la condotta prevista dall'art. 567 cod. pen. deve comportare un'alterazione destinata a riflettersi sulla formazione dell'atto di nascita, sicché il reato non è configurabile in relazione alle false dichiarazioni incidenti sullo stato civile di una persona rese quando l'atto di nascita è già formato, la Corte rileva come effettivamente non sia riscontrabile nel caso concreto alcuna alterazione di stato del minore nell'atto di nascita, che invece si caratterizza per la sua perfetta legittimità alla stregua della normativa statale di riferimento.

Ciò anche in considerazione della previsione di cui all'art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000, secondo la quale le dichiarazioni di nascita devono essere realizzate, per cittadini italiani nati all'estero, secondo le norme stabilite dalla legge del luogo alle autorità locali competenti, con conseguente invio dell'atto ormai formato all'autorità consolare competente per la trascrizione. Si ritiene dunque una corretta realizzazione dell'atto di nascita, formato legittimamente secondo le previsioni dello stato nel quale si è realizzata la "gestazione per altri", con conseguente insussistenza non solo del reato di alterazione di stato, ma anche dei reati di cui all'art. 48 e 476 cod. pen., poiché l'ufficiale dello stato civile si è semplicemente limitato a trascrivere un atto regolarmente formato all'estero, relativo a cittadino italiano.

Un passaggio interpretativo ulteriore si coglie nella Sez. 6, n. 48696 del 11/10/2016, PG in proc.M., Rv. 272272, che affronta ancora una volta la condotta relativa ad una "gestazione per altri" realizzata mediante un procedimento di fecondazione assistita di tipo eterologo. Nel caso concreto i giudici della cognizione avevano assolto gli imputati dalla contestazione *ex art.* 567 cod. pen. perché il fatto non costituisce reato, sia tenendo conto della ammissibilità della gestazione per altri nell'ordinamento ucraino, che della piena e legittima riferibilità dello *status* di genitori del minore ad entrambi gli imputati secondo la legge dello stato ucraino, ed ancora della conseguente e legittima indicazione nel certificato di nascita della qualità di madre in capo alla c.d. "madre sociale".

In sostanza è stata ritenuta la piena convinzione in capo agli imputati che le certificazioni di nascita rilasciate dalle autorità Ucraine fossero del tutto regolari, senza alcuna consapevolezza di commettere un'alterazione di stato.

La Corte ritiene fondato e condivisibile il ragionamento dei giudici di merito nel considerare la ricorrenza di un ragionevole dubbio da parte degli imputati, che avevano ritenuto di essere legittimati ad avviare le procedure di trascrizione in Italia dei certificati di nascita, rispetto ai quali risultavano entrambi quali genitori, compresa dunque anche la "madre sociale".

La Corte ha precisato come nell'impostazione originaria del codice penale la

norma era volta a tutelare il diritto del minore a vedersi riconosciuta una discendenza secondo natura, fondata dunque sul rapporto di procreazione; e pur tuttavia chiarisce come l'ambito di tutela e i presupposti per tale incriminazione siano progressivamente mutati in correlazione con l'evolversi del concetto di stato di filiazione, non più legato ad una relazione necessariamente biologica, ma pur sempre considerato quale legame giuridico (con particolare riferimento alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, ormai ammesso anche in forma eterologa a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 10/06/2014).

Si richiama in motivazione un concetto di filiazione e discendenza non più legato ad un fatto meramente genetico, ma con connotazioni giuridico – sociali, poiché oltre che al legame biologico tra genitori e figlio viene conferita “dignità anche ad un legame di genitorialità in assenza di una relazione genetica, in quanto conseguente al ricorso alle tecniche di fecondazione artificiale (omologa o eterologa)”.

La decisione della Corte si caratterizza dunque per particolare novità ed evoluzione interpretativa nel momento in cui afferma la necessità di tener conto allo stato di un concetto di genitorialità non solo biologica, ma anche “legale”, così come emersa anche dalle decisioni della Corte costituzionale in ordine alle previsioni della legge n. 40 del 2004, dove si è evidenziata una nozione di famiglia formata da figli anche indipendentemente dal dato genetico, come già dimostrato dalla disciplina in materia di adozione, sicché il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa.

Ed è allora proprio partendo dalle valutazioni della Corte costituzionale e dall'evoluzione del contesto socio – culturale in tema di filiazione che si afferma in motivazione come non possa essere ritenuta la ricorrenza del reato di alterazione di stato nella richiesta di registrazione dell'atto di nascita di un figlio nato a seguito di pratiche di procreazione assistita, seppure in mancanza di un rapporto di discendenza strettamente genetico con il minore, tanto che si ritiene figlio della coppia anche il nato con donazione di gamete sia maschile che femminile, rappresentando per lo Stato italiano unica condizione legittimante per lo stato di filiazione l'intervenuto impianto dell'embrione nell'utero della donna che partorirà. Infatti secondo la disciplina italiana il ruolo di madre viene sostanzialmente riconosciuto solo a colei che effettivamente partorisca il neonato. Quanto alla “maternità surrogata” viene ricordata la previsione ostativa di cui alla legge n. 40 del 2004, ma si evidenzia anche come tale pratica sia consentita e disciplinata formalmente in molti stati europei e non.

Per la prima volta una decisione della Corte di cassazione penale esamina la portata del concetto di ordine pubblico internazionale, anche in considerazione

delle diverse decisioni sia della Corte di cassazione civile, che della Corte EDU (per le c.d. sentenze gemelle del 26 giugno 2014 *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*) e, richiamata la disciplina relativa all'inoltro dell'atto di nascita di un minore nato all'estero ai registri dello stato civile (*ex art. 15 del d.P.R. n. 396 del 2000*) in relazione alla legittimità della gestazione per altri in Ucraina (purché il 50% del patrimonio genetico del minore sia da riferire ad uno dei due genitori committenti), afferma come il certificato di nascita di un bambino nato in Ucraina a seguito di gestazione per altri “deve ritenersi perfettamente legittimo secondo la *lex loci*”.

Ne consegue a parere della Corte che la presentazione di tale certificato di nascita per la trascrizione non rappresenti in alcun modo una falsa certificazione o attestazione, trattandosi di certificazione legittima secondo la legge del luogo in cui si è realizzata la gestazione per altri. Tali certificati dunque a parere della Corte non costituiscono il frutto di un'attività decettiva, né possono essere ritenuti ideologicamente falsi in quanto validamente formati secondo la legge locale.

Il rilascio del certificato non ha dunque richiesto alcun artificio o raggirio, considerato che secondo la legge ucraina la “madre sociale” è da ritenersi a pieno titolo madre del minore per il quale si richiede la trascrizione dell'atto di nascita.

Afferma quindi in conclusione la Corte, superando la soluzione dei giudici della cognizione, che, non ricorrendo alcuna falsità si deve ritenere non integrata la materialità del reato di alterazione di stato.

Le argomentazioni della Corte in questo caso si presentano più ampie e consapevoli dell'intenso dibattito articolatosi anche in sede civile in ordine alla valutazione della autorità amministrative circa la trascrivibilità o meno del certificato di nascita, legittimo, nel registro dello stato civile.

Sul tema della “gestazione per altri”, e della conseguente alterazione di stato quale ipotesi di delitto contestata ai genitori committenti, occorre anche ricordare infine un caso particolarmente interessante e noto, il c.d. caso *Paradiso Campanelli*.

Su tale caso si è pronunciata la *Grand Chambre* della Corte EDU in data 24/01/2017 adita dal governo italiano a seguito della decisione della Corte EDU, seconda sezione, del 27/01/2015.

In prima istanza la Corte aveva ritenuto la ricorrenza di una violazione convenzionale *ex art. 8 CEDU* a carico dello Stato italiano per aver allontanato il bambino dai genitori committenti e per aver così violato la vita familiare *de facto* ricorrente tra *Paradiso* e *Campanelli* e il minore nato in Russia a seguito di “gestazione per altri”, si noti bene, in questo caso, in assenza di qualsiasi legame genetico con i due committenti.

La *Grand Chambre* interviene sul ricorso del governo italiano attenendosi ad

una soluzione incentrata in modo ristretto sulla soluzione del caso concreto, evitando qualsiasi affermazione di carattere generale sull'insieme di complesse questioni che si possono considerare parte della situazione esaminata.

Non viene dunque affrontata né la questione relativa alla trascrizione di certificato di nascita straniero legittimamente formatosi all'estero, né la questione del riconoscimento della filiazione di minore nato all'estero da maternità surrogata, né ancora il tema della legittimità di tale pratica.

In sostanza l'interpretazione della *Grand Chambre* si è incentrata sul non ritenere ricorrente l'esistenza di una vita familiare a causa del minimo periodo di convivenza che aveva caratterizzato il rapporto tra la Paradiso e il Campanelli e il minore nato da maternità surrogata, valorizzando l'assenza di qualsiasi legame genetico tra genitori e minore.

Si sottolinea inoltre nella decisione come la reazione, ritenuta tempestiva, delle autorità italiane è stata in realtà determinata proprio dalla condotta posta in essere dai ricorrenti per avere fatto ricorso ad una tecnica vietata nell'ordinamento italiano. Si è dunque affermata l'inesistenza di una vita familiare da tutelare nel caso concreto, senza tuttavia entrare nel merito circa l'eventuale illegalità del fatto che dava origine a tale convivenza.

In sostanza la *Grand Chambre*, analizzando la portata dell'art. 8, par.2, della CEDU, in correlazione con l'art. 5 della Convenzione di L'Aja, ha ritenuto corretta la condotta delle autorità di italiane, secondo le quali nel caso in esame doveva essere applicata la disciplina della filiazione ai sensi della legge nazionale del bambino al momento della nascita, a prescindere dalla legittimità del certificato di nascita rilasciato dalle autorità russe, così che si doveva ritenere sconosciuta la nazionalità del bambino non essendo noti i donatori del materiale genetico, con conseguente dichiarazione dello stato di abbandono del minore e collocazione dello stesso in struttura protetta.

La Grande Chambre ha ritenuto che l'intervento dello Stato italiano conseguisse ad un bisogno imperante derivante dal sostanziale stato di abbandono del minore, senza affermare alcunché in ordine al complesso contesto nel quale maturava la condotta dei ricorrenti.

L'elemento centrale della valutazione sia della Corte EDU che delle autorità italiane è rappresentato nel caso in esame dalla assenza di qualsiasi legame genetico tra i ricorrenti e il bambino, con conseguente violazione della normativa italiana in tema di adozione e procreazione medicalmente assistita.

La *Grande Chambre* richiama l'effettivo coinvolgimento nella decisione di questioni eticamente sensibili, rispetto alle quali gli Stati godono di margine ampio di apprezzamento e discrezionalità, ma chiarisce come questa decisione non possa essere assimilato, in presenza di consistenti differenze, ai casi esaminati dalle c.d.

sentenze gemelle, dove si era ritenuta la violazione della previsione dell'art. 8 CEDU nel comportamento delle autorità francesi che avevano impedito e rifiutato la trascrizione del certificato di nascita di un minore nato da maternità surrogata, ma in presenza di un legame genetico con il padre, e dunque di una legittima forma di filiazione.

Nel caso Paradiso – Campanelli la decisione inoltre considera come elemento aggiuntivo al fine di ritenere corretto il comportamento delle autorità italiane la circostanza che entrambi i genitori committenti avessero superato il limite di età consentito ai fini dell'adozione.

In conclusione la legittimità del comportamento delle autorità viene affermata in considerazione di una articolata valutazione e bilanciamento di interessi in considerazione del primario interesse di protezione del minore.

In epoca recente Sez.6, 10/01/ 2019, n. 4854, non massimata, ha affermato che non è configurabile il reato di alterazione di stato nel caso in cui la dichiarazione circa la paternità del nato venga resa dalla madre, sottopostasi a fecondazione eterologa, senza tener conto della revoca tardiva del consenso prestato dal marito, intervenuta dopo la fecondazione dell'ovulo e, pertanto, dopo la scadenza del termine previsto dagli art. 6 e 9 della l. n. 40 del 2004. Nel caso concreto la Corte ha annullato senza rinvio perché il fatto non sussiste la condanna pronunciata dalla Corte di appello in riforma della sentenza del Tribunale.

Il profilo di particolare interesse è rappresentato dalla circostanza che nel corso del giudizio penale era intervenuto un giudicato civile che aveva rigettato la domanda di disconoscimento di paternità del coniuge rispetto all'accesso da parte della moglie a tecniche di fecondazione eterologa presso stato estero.

Nel caso concreto la Corte ha affermato la rilevanza del giudicato civile *ex art.* 3, comma 4, cod. proc. pen., sottolineando come il consenso non fosse stato revocato secondo le modalità e nei termini previsti dall'art. 6 della l. n. 40 del 2004, ovvero sino al momento della fecondazione dell'ovocita, disposizione certamente applicabile al caso di fecondazione eterologa a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 162 del 2014, che aveva legittimato il ricorso a tale tecnica procreativa anche in Italia.

La decisione sottolinea inoltre la posizione di principalità dell'interesse del minore nel caso in cui lo stesso sia stato generato con tecniche di procreazione medicalmente assistita eterologa, tanto che anche durante la vigenza dell'originario divieto di applicazione di tecniche di PMA eterologa il consenso del coniuge poteva essere ricavato anche da atti concludenti, con preclusione dell'azione di riconoscimento della paternità.

Ne consegue, a parere della Corte, come la paternità dichiarata dalla madre al

momento della nascita non potesse essere ritenuta una falsa dichiarazione, proprio perché, come correttamente evidenziato in primo grado, non ricorreva alcuna prova di una valida revoca del consenso.

In tal senso viene pienamente condiviso nella decisione il ragionamento del giudice di primo grado, che aveva sottolineato che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014, la qualità di genitore prescinde dalla diretta discendenza e dal rapporto biologico, proprio perché il nato da tecniche di pma eterologa acquisisce, *ex art. 8*, lo *status* di figlio nato durante il matrimonio, poiché l'art. 8 della l. n. 40 del 2004 deve essere considerato quale norma extrapenale integrativa del precetto penale di cui all'art. 567 cod. pen.

Questa decisione recepisce in modo coerente all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e comunitaria il principio di assoluta prevalenza del diritto del minore alla propria identità personale e chiarisce che, ormai, anche in caso di procreazione medicalmente assistita eterologa, valgono i termini per la revoca del consenso previsti per la omologa, aggiungendosi tale previsione alla tutela già prevista originariamente dal legislatore per il nato da eterologa come nato da matrimonio *ex art. 8*.

Un concetto, quello evidenziato da questa decisione di paternità ampia, sociale e d'intenzione, che sembra di fatto scontrarsi con l'interpretazione restrittiva fornita dalla Sezioni Unite civili della Corte di cassazione che hanno ritenuto, sebbene in caso di "maternità surrogata", il diritto del minore all'ingresso nella famiglia di intenzione recessivo rispetto a principi di ordine pubblico, ritenuti di portata superiore, sebbene contenuti in normazione ordinaria e recepiti nell'ambito dell'art. 12 della l. n. 40 del 2004.

Solo con l'adozione per casi particolari il diritto del minore a vedere riconosciuta la propria relazione con i genitori sociali e di intenzione, che sono consapevolmente e volontariamente ricorsi alla "gestazione per altri" per realizzare il proprio progetto genitoriale, potrà trovare tutela.

Tale soluzione, sebbene restrittiva rispetto a gran parte della risalente e precedente giurisprudenza di merito, trova un suo autorevole appiglio nel parere della *Grande Chambre* intervenuto su questo tema, che ha chiarito che il diritto alla protezione del migliore interesse del minore è senz'altro centrale in questa materia, ma ricorre comunque un apprezzabile margine di discrezionalità del legislatore nel rendere possibile la realizzazione di tale diritto, non necessariamente con un riconoscimento diretto del ruolo di genitore di intenzione, ma con l'utilizzo dello strumento della adozione in casi particolari.

3. -L'ordine pubblico internazionale: evoluzione interpretativa dei giudici di merito e della Corte di cassazione civile.

La particolarità delle questioni affrontate richiede, per completezza, una considerazione comparativa delle decisioni della giurisprudenza civile, sia di merito che di legittimità, su di una serie di questioni attinenti all'ordine pubblico internazionale che certamente possono essere di supporto per completare la considerazione delle decisioni della Corte di cassazione penale in tema di alterazione di stato.

Infatti tra i delitti previsti e disciplinati dalla legge n. 40 del 2004 particolari problemi interpretativi sono riferibili alla surrogazione di maternità o alla c.d. “gestazione per altri”. Questo argomento coinvolge diverse visioni e prospettive a carattere bioetico ed, in particolare, una riflessione volta ad arginare qualsiasi forma di sfruttamento del corpo della donna. In generale si è ritenuto esteso il divieto di surrogazione di maternità a qualunque forma di fecondazione nel caso di gestazione per altri (sia *in vivo che in vitro*), quindi anche nel caso in cui si voglia impiantare l'embrione della coppia in utero di donna portante. Tale divieto comprende come destinatari della sanzione tutti i soggetti coinvolti, la coppia committente, la donna gestante.

In generale dunque nel disciplinare tali delitti emerge come la finalità del legislatore sia da individuare nella tutela della dignità dell'essere umano (in considerazione della c.d. irripetibilità del genoma).

Una delle prime pronunce da segnalare, in materia di surrogazione di maternità, riferibile ad epoca precedente all'entrata in vigore della legge n. 40 del 2004, è la sentenza del Trib. di Monza 27.10.1989, che ha rappresentato il primo caso giurisprudenziale di “gestazione per altri”. In particolare, a seguito della sottoscrizione di un contratto di surrogazione e della corresponsione del corrispettivo pattuito, la madre gestante rifiutava di consegnare il bambino ai committenti. In mancanza di un'esplicita disciplina, il Tribunale - in applicazione delle regole generali in materia di diritto di famiglia, secondo le quali la nascita trova il suo presupposto nell'effettiva ricorrenza di un rapporto sessuale tra un uomo e una donna e considerato il disposto di cui agli art. 2 e 30 della Cost. - ha affermato l'infungibilità dei doveri morali ed economici dei genitori di sangue, con conseguente diritto del minore di vivere appunto solo in questa famiglia, senza alcun diritto per una eventuale famiglia sostitutiva.

La sentenza afferma anche come non si possa ritenere la ricorrenza di un diritto alla procreazione come aspetto particolare del più generico diritto della persona, così come di un diritto alla genitorialità, anche perché un contratto quale quello di surrogazione di maternità dovrebbe essere considerato realizzato in evidente violazione dell'art. 5 c.c. Caratterizzata da particolare innovatività

nell'approccio interpretativo è l'ordinanza del Tribunale di Roma del 17.2.2000, secondo la quale il negozio atipico di maternità surrogata a titolo gratuito - in quanto diretto a realizzare un interesse (l'aspirazione della coppia infertile alla realizzazione come genitori) meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico e non in contrasto con la disciplina relativa agli *status* familiari, né con il divieto di atti di disposizione del proprio corpo - è pienamente lecito.

Richiama il Tribunale l'opportunità di inserire il processo interpretativo e le forme di tutela in un'ottica che concepisce la società come organismo in continua evoluzione.

In conclusione si rileva come le funzioni tradizionalmente svolte da una sola donna possano essere svolte anche da donne diverse, la madre genetica che mette a disposizione l'ovocita e la madre gestante che accoglie l'embrione, intaccando dunque il principio della certezza della derivazione materna.

Nell'ambito di tale sequenza la riferibilità del concetto di maternità trova una sua fondamentale soluzione nel concetto di "maternità responsabile", nell'ambito di un più ampio progetto familiare.

Sul tema della "gestazione per altri" da considerare è anche l'interpretazione della Corte di appello di Bari del 25.2.2009, che ha ammesso il riconoscimento nell'ambito del nostro ordinamento del "*parental order*" emesso dal giudice inglese relativamente alla richiesta inoltrata da genitori di minori nati per surrogazione di maternità.

Dalla motivazione della sentenza emerge chiaramente che, ai fini del riconoscimento nello Stato Italiano dei "*parental order*" resi nel Regno Unito in forza dei quali è riconosciuta ad una donna la maternità c.d. surrogata su un bambino, deve farsi riferimento alla nozione di ordine pubblico internazionale; a tal fine, il solo fatto che la legislazione italiana vieta, oggi (ma non all'epoca in cui i minori sono nati), la tecnica della maternità surrogata, ed il sol fatto che essa è ispirata al principio (tra l'altro, tendenziale, e, in taluni casi, derogabile), della prevalenza della maternità "biologica" su quella "sociale", non sono, di per sé, indici di contrarietà all'ordine pubblico internazionale, a fronte di legislazioni (come quella inglese, e quella greca) che prevedono deroghe a tale principio.

Inoltre, ai fini del riconoscimento, o del mancato riconoscimento, dei provvedimenti giurisdizionali stranieri citati, deve aversi prioritario riguardo all'interesse superiore del minore (art. 3 della legge 27 maggio 1991, n. 176, di ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta in New York 20 novembre 1989), costituente anch'esso parametro di valutazione della contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale, principio ribadito in ambito comunitario, con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze straniere nella materia dei rapporti tra i genitori e i figli, dall'art. 23 del Reg. CE n.

2201/2003, che espressamente stabilisce che la valutazione della “non contrarietà all’ordine pubblico” debba essere effettuata “tenendo conto dell’interesse superiore del figlio”.

La Corte richiama in modo approfondito impostazioni e interpretazioni in ordine alla portata, liceità e consistenza del contratto di gestazione per altri, evidenziando una prima teoria - secondo la quale dovrebbe sempre prevalere il rapporto di parentela derivante dal parto del bambino, a prescindere da chi abbia fornito il materiale genetico, in considerazione della ritenuta maggiore intensità del rapporto che si instaura tra la madre e il nascituro durante la gestazione in applicazione del disposto di cui all’art. 269 cod.civ. – contrastata da altre e più recenti impostazioni secondo le quali l’interpretazione e valutazione deve tenere conto dell’evoluzione tecnica e scientifica che ha portato alla emersione e al riconoscimento del concetto di genitorialità sociale, con necessaria considerazione e valutazione prioritaria dell’interesse del minore. Richiama nelle proprie conclusioni la disciplina *ex* art. 33 della l. 31 maggio 1995 n. 218 in correlazione con il concetto di ordine pubblico internazionale, da interpretarsi in relazione al prevalente interesse del minore.

Cass. civile, Sez. 6 – 1, del 18/06/2013, n.15234, Rv. 627113, affronta il concetto di ordine pubblico, richiamando la previsione di cui all’art. 33 della l. 31 maggio 1995 n. 218, e dunque il necessario riferirsi nell’ambito di tali valutazioni ai provvedimenti accertativi ed alle statuizioni giurisdizionali dello stato estero di nascita, senza possibilità per il giudice italiano di sovrapporre a quegli accertamenti fonti di informazione estranee o nazionali. In senso del tutto opposto alle interpretazioni e considerazioni che precedono si è invece pronunciata Cass. civ., Sez.1, del 11/11/2014, n. 24001, Rv. 633634, secondo la quale l’art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004 ha escluso la conformità all’ordine pubblico del contratto di surrogazione di maternità, in ragione della tutela costituzionalmente garantita alla dignità umana della gestante e considerato che, nell’interesse superiore del minore, l’ordinamento giuridico affida la realizzazione di un progetto di genitorialità privo di legame biologico con il nato esclusivamente all’istituto dell’adozione e non al mero accordo tra le parti. Tuttavia occorre considerare come il caso affrontato dalla Corte si presentasse alquanto particolare non ricorrendo alcun tipo di legame genetico tra il minore e i committenti ed essendo stati dichiarati i committenti più volte inidonei all’adozione. La sentenza richiama in motivazione la decisione della Corte EDU, quinta sezione, del 26.6.2014 (Mennenson c. Francia) e la motivazione gemella (Labassee c. Francia). Con queste decisioni la Corte europea ha riconosciuto la violazione dell’art. 8 della Convenzione, diritto al rispetto della vita privata e familiare, nel caso di rifiuto delle autorità nazionali di riconoscere valore legale alla relazione tra un padre e i suoi figli biologici, nati all’estero a

seguito di accordo per surrogazione di maternità. Anche in questo caso le autorità francesi, nonostante la legittimità e regolarità della pratica di surrogazione negli Stati Uniti, avevano rifiutato di procedere alla trascrizione degli atti di nascita nel registro dello stato civile, rilevando una contrarietà all'ordine pubblico. La violazione dell'art. 8 è stata riferita in particolare non tanto al diritto alla vita privata dei ricorrenti, ma bensì in relazione al diritto dei minori, venendo in rilievo una serie di obblighi negativi, ricadenti in capo ai diversi stati *ex art.* 8 della Convenzione. I minori sostanzialmente si troverebbero in una situazione d'incertezza giuridica a causa del mancato riconoscimento del loro *status* di figli della coppia committente la surrogazione di maternità, mentre si deve sempre considerare che la cittadinanza è un importante elemento che definisce l'identità di ciascuna persona. Ugualmente la Corte richiama la circostanza che una tale ingerenza da parte dello Stato, consistente nel mancato riconoscimento e trascrizione dell'atto di nascita, inciderebbe irrimediabilmente su diritti successori dei minori, modificando il diritto degli stessi alla definizione della loro rispettiva identità, ivi compresi i rapporti di parentela. Questo insieme di considerazioni assume poi ancor maggiore pregnanza nel caso in cui uno dei due committenti sia anche legato biologicamente ai minori. La Corte di appello di Milano con decreto del 28.12.2016 ha ordinato la trascrizione dell'atto di nascita formato in California, relativo a due minori nati tramite gestazione per altri con parto gemellare mediante uso di donatrice per i due ovociti fecondati rispettivamente dai due diversi padri, regolarmente conviventi tra loro. Anche in questo caso la Corte di appello, richiamando principi già espressi a livello europeo, ha chiarito come l'eventuale ricorso alla maternità surrogata non può incidere su diritti fondamentali del minore all'identità personale e sociale, proteggendo così il suo superiore interesse ad un corretto collocamento nel progetto genitoriale inizialmente intrapreso dai due padri.

Proseguendo nella considerazione della giurisprudenza civile occorre richiamare anche Sez. 1, n. 19599 del 30/09/2016, Rv. 641310, che, con una motivazione ampia e diffusa, ha confermato l'ordine di trascrizione dell'atto di nascita relativo a due madri unite all'estero in matrimonio omosessuale (minore partorito da una delle due donne a seguito di ovodonazione da parte della moglie) ed ha evidenziato un concetto di ordine pubblico a carattere più ampio, ed integrato evidentemente a livello eurounitario, secondo un giudizio che non deve risolversi in una verifica mera della conformità dell'atto al diritto interno, ma bensì deve giungere ad un controllo di compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, come complesso di principi derivanti da esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo desumibili dalla carta costituzionale, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla

Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Emerge dunque un nuovo e contrapposto concetto di ordine pubblico rispetto alle precedenti pronunzie della Corte, secondo un concetto qualificato da consistenti interazioni tra diversi ordinamenti giuridici e livelli di tutela. Non più ordine pubblico inteso come limite in senso prettamente difensivo, ma quale metodo di interazione tra ordinamento interno e ordinamento internazionale sulla base di principi condivisi, che non necessariamente debbono essere formalizzati in norme interne.

Il principio di diritto enunciato nella sentenza chiarisce come il giudice italiano chiamato a valutare la compatibilità predetta deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a norme interne, bensì se esso contrasti o meno con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Anche in questo caso si richiama la particolare rilevanza della protezione del superiore interesse del minore (ad essere figlio di entrambe le madri, in applicazione del principio *ex art. 24* della Carta dei diritti UE che afferma la ricorrenza di un diritto a mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori a prescindere dal loro sesso o orientamento sessuale). Si afferma l'irrilevanza del modo in cui il minore sia venuto al mondo, rispetto all'esigenza di tutelare il minore stesso quanto alla certezza dei rapporti giuridici che lo riguardano e alla piena protezione della sua identità personale e sociale. Lo *status* di figlio dunque permane, e così il diritto alla conservazione dello stesso inalterato, a prescindere dall'eventuale condotta illecita posta in essere da terzi, che ha determinato la nascita del minore. Emerge dunque una sostanziale irrilevanza della modalità di nascita rispetto alla possibile trascrizione dell'atto di nascita conseguente a surrogazione di maternità lecitamente praticata in altro stato.

Sul tema deve inoltre essere segnalato il parere, prima citato, reso dalla Corte EDU, grande Camera, in data 9 aprile del 2019. Il parere, sollecitato dalla magistratura francese proprio in tema di maternità surrogata e trascrizione del conseguente atto di nascita in favore della madre sociale, espone delle riflessioni assai interessanti, evidenziando il processo di continua costruzione di nuovi diritti in favore di minori nati da gestazione per altri. Nel caso concreto, quanto ad un minore nato all'estero da gestazione per altri con materiale biologico del solo padre, era stata riconosciuta dallo Stato francese la possibilità di trascrizione dell'atto di nascita in favore del padre, senza tuttavia consentire analoga tutela alla madre di intenzione. Il quesito pone quindi la questione se tale limite alla trascrizione dell'atto di nascita nei confronti della "madre sociale" determini un superamento da parte dello Stato del margine di apprezzamento a sua disposizione *ex art. 8* della CEDU, e se comunque occorra sempre distinguere se il bambino sia stato procreato con i gameti della madre o meno. Nel parere la Corte ha comunque evidenziato in via prioritaria il principio della "necessaria realizzazione

del migliore interesse del minore”, sottolineando tutti quelli che potrebbero essere gli effetti negativi derivanti dal mancato riconoscimento per il minore del suo rapporto con la madre di intenzione, con conseguente rilevanza anche dell’interesse del minore alla stabilità della relazione ambientale con la madre sociale. Il parere ha dunque affermato che in applicazione dell’art. 8 della CEDU si deve ritenere che lo Stato contraente sia tenuto a fornire riconoscimento alla relazione tra il minore e la madre sociale o d’intenzione, una tutela questa che deve essere riconosciuta a maggior ragione quando sia stato generato mediante gestazione per altri realizzata anche con materiale biologico della madre di intenzione. È dunque obbligo dello Stato contraente, secondo il parere richiamato, considerare la particolare posizione del minore che richiede necessariamente l’adozione di una serie di strumenti di protezione della sua condizione di vulnerabilità. In tal senso devono essere apprestati dei mezzi di tutela, che tuttavia non necessariamente coincidono con la trascrizione dell’atto di nascita in favore della madre sociale, potendo lo strumento di tutela anche essere rappresentato dal procedimento di adozione, purchè gli effetti che saranno prodotti dall’adozione possano essere effettivamente considerati analoghi o simili a quelli del riconoscimento legale nell’atto di nascita, mediante attribuzione in tempi rapidi di un effettivo *status* volto ad eliminare lo stato di incertezza quanto alla condizione del minore. Dunque, tenendo conto dell’ampio margine di apprezzamento attribuito sul punto ai singoli Stati quanto all’apprestare effettiva tutela alla relazione figlio e madre di intenzione, la Corte EDU ha chiarito come lo strumento della registrazione dell’atto di nascita possa non essere l’unico strumento predisposto dall’ordinamento, potendosi ad esso aggiungere la procedura di adozione, purchè la protezione apprestata sia immediata ed efficace considerato il superiore interesse del minore. Spetterà sempre al giudice nazionale verificare la portata del superiore interesse del minore in relazione al singolo caso concreto.

Sul medesimo tema della valutazione del superiore interesse del minore, e della portata del concetto di ordine pubblico in tema di “gestazione per altri”, occorre segnalare la decisione delle Sez. U. del 12/05/2019, n. 12193, Rv. 659331 – 03, Rv. 659331 - 04 secondo la quale il riconoscimento dell’efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all’estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d’intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall’art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione.

La tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione, non esclude peraltro la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari, prevista dall'art. 44, comma primo, lett. d), della legge n. 184 del 1983. Le Sezioni Unite civili hanno inoltre affermato che in tema di riconoscimento dell'efficacia di un provvedimento giurisdizionale straniero, la compatibilità con l'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995, deve essere valutata non solo alla stregua dei principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui detti principi si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti e dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente, dal quale non può prescindere nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico.

Investita di questione ritenuta di massima particolare importanza, la Corte ha affrontato il caso di una coppia omosessuale che aveva fatto ricorso alla “gestazione per altri”, alla quale era seguita la nascita di due gemelli, con attribuzione della paternità anche al genitore di intenzione non legato biologicamente ai due minori, ma stabilmente legato al padre biologico. L'ufficiale dello Stato civile italiano aveva immediatamente trascritto l'atto di nascita con riferimento al genitore biologico, mentre aveva rigettato la richiesta per il padre d'intenzione ritenendolo contrario all'ordine pubblico, considerato che secondo la normativa statale interna i genitori devono essere di sesso diverso. La decisione, ha realizzato un'approfondita analisi e ricostruzione del concetto di ordine pubblico internazionale, sottolineando la necessaria distinzione di tale concetto da quello di ordine pubblico interno, considerato il coinvolgimento di valori giuridici condivisi dalla comunità internazionale per la tutela di diritti fondamentali.

Nel giungere ad una definizione di ordine pubblico internazionale, la Corte ha richiamato la decisione delle Sez. U. del 05/07/2017, n. 16601, Rv. 644914, in tema di danni punitivi, accedendo ad una lettura integrata a tal fine anche dei principi ivi enunciati, considerato che proprio il caso concreto deciso evidenziava la necessità di tenere conto, nell'individuazione dei principi di ordine pubblico, del modo in cui i predetti valori si sono concretamente incarnati nella disciplina dei singoli istituti.

È stato dunque affermato che, nella determinazione del contenuto del concetto di ordine pubblico, occorre riferirsi non solo ai principi contenuti nelle Carte, ma anche alla “disciplina ordinaria” e all'interpretazione che della stessa

viene data dal diritto vivente, dalla cui valutazione non si può prescindere nell'individuazione di quell'insieme di valori fondanti dell'ordinamento in un dato momento storico.

Nell'affermare questi principi le Sezioni Unite Civili della Corte hanno richiamato il divieto, sanzionato penalmente, di cui all'art. 12, comma 6, della l. n. 40/2004.

In concreto tale divieto è stato ritenuto di stringente attualità ed espressione di valori fondanti dell'ordinamento interno, proprio a causa dell'oggettiva necessità di distinguere la maternità surrogata dalla fecondazione eterologa.

Tale divieto penale è stato dunque ritenuto espressione di un principio generale di ordine pubblico, come chiarito anche dalla decisione n. 272 del 2017 della Corte costituzionale, considerato che tale pratica offenderebbe in modo intollerabile la dignità umana e fa dunque riferimento a valori superiori e fondanti. Ne consegue l'impossibilità di trascrivere un provvedimento straniero che di fatto riconosca la pratica della maternità surrogata, attribuendo la paternità anche al genitore d'intenzione privo di legami biologici con il minore.

In tale contesto, secondo le Sezioni Unite Civili della Corte, il principio di ordine pubblico emergente dalla previsione di cui all'art. 12 non si pone in contrasto con il superiore interesse del minore, sia perché tale interesse è stato ritenuto valore non assoluto, con conseguente possibilità di affievolimento rispetto ad altri valori a carattere primario, sia perché un tale bilanciamento di interessi rientra nella piena discrezionalità del legislatore anche secondo i canoni della Corte EDU, nonché in considerazione del fatto che l'interesse del minore a restare parte del nucleo familiare in piena relazione con il genitore di intenzione, anche omosessuale, è pur sempre tutelabile attraverso l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983 (in tal senso Cass. Sez. 1, n. 12962 del 2016 sopra citata).

Le Sezioni Unite hanno dunque concluso che gli effetti del riconoscimento del provvedimento straniero, di cui è stata chiesta la trascrizione, si pongono in contrasto con l'ordine pubblico ai sensi dell'art. 64, comma 1, lett. g), della l. n. 218 del 1995.

Questa decisione si segnala dunque per una lettura diversa delle sentenze via via intervenute sul concetto di ordine pubblico internazionale, di fatto riduttiva rispetto alle precedenti interpretazioni sia di merito che di legittimità, considerando principio fondante del nostro ordinamento il divieto di maternità surrogata previsto dalla l. n. 40 del 2004 e, conseguentemente, ritenendo recessivo sul punto il diritto alla propria identità familiare del minore nato da tecniche di procreazione medicalmente assistita mediante il supporto di una "gestazione per altri" praticata all'estero.

Appare evidente come il sistema sanzionatorio della l. n. 40 del 2004 venga considerato dalla decisione in analisi quale principio fondante dell'ordine pubblico internazionale, tanto da non consentire nel caso concreto il riconoscimento dell'atto di nascita legittimamente formatosi all'estero, portando di fatto la coppia di genitori sociali obbligatoriamente verso il sistema della adozione in casi particolari, sistema assai complesso e di maggiore durata per giungere al riconoscimento dei diritti del minore nato da gestazione per altri.

La decisione sembra dunque porsi in continuità con una serie di osservazioni che tendono a ritenere punto di snodo decisivo il principio personalistico a fronte del diritto del minore ad un suo complessivo benessere, consistente nell'inserimento nella propria famiglia di intenzione. La norma di natura ordinaria, la previsione sanzionatoria in tema di "gestazione per altri", assume dunque una portata quanto meno equivalente ai principi costituzionali volti a garantire un progetto familiare a prescindere dall'orientamento sessuale dei soggetti che hanno fatto ricorso alla gestazione per altri.

In conclusione si deve poi dar conto di due ulteriori decisioni da analizzare.

In primo luogo la chiusura definitiva del caso Mennenson, sempre in tema di divieto di maternità surrogata e interesse del minore, tenuto conto dell'*arrêt* n. 648 della *Cour de cassation* francese in assemblea plenaria in data 4 ottobre 2019. Il caso relativo alle due gemelle, oggi diciannovenne, nate da gestazione per altri praticata in California, è noto. La Corte di cassazione francese si è avvalsa del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione, ratificato in Francia in epoca recente, ed ha sottoposto una serie di questioni alla Corte EDU, che sono poi stati affrontati con il parere appena citato.

Tenuto conto delle indicazioni contenute nel parere la Corte di cassazione ha deciso in modo *tranchant* la questione, pur essendo garantito sulla base del parere il diritto dello stato membro di vietare la gestazione per altri, ed ha rigettato definitivamente la richiesta originariamente proposta di annullare la trascrizione dell'atto di nascita delle due gemelle, prendendo quindi atto dell'intervenuta trascrizione. La Corte di cassazione francese ha ritenuto non adeguato applicare al caso in questione il suggerimento relativo all'avvio di una pratica di adozione, considerato che il tempo trascorso, il consolidamento dello *status filiationis*, riconosciuto in un certificato, sebbene non trascritto, rappresentano elementi consolidati che, ove intaccati dall'avvio di una complessa procedura di adozione, inciderebbero in modo sproporzionato il diritto alla vita privata e familiare delle persone coinvolte. Emerge dunque la *ratio* della decisione, incentrata sul non alterare una situazione familiare ormai consolidata, ma non così diretta tuttavia, per il portato motivazionale della pronuncia, di un caso che renda impossibile o superata la possibilità di ricorrere in altri casi simili, ma caratterizzati da diversa

durata, al procedimento di adozione. Tale decisione appare certamente assai rilevante, ma lascia aperta una riflessione relativa alla rilevanza dell'elemento volontaristico nella determinazione e costituzione dello *status filiationis*, concetto questo preso in considerazione, solo per casi particolari, dalla disciplina della l. n. 40 del 2004 (art. 9), mentre occorre considerare come anche nel procedimento di adozione speciale per minori l'assunzione della responsabilità genitoriale non consegue alla manifestazione di consenso dei genitori (che rendono una mera dichiarazione di disponibilità), ma da un provvedimento giurisdizionale secondo le procedure e i presupposti disciplinati dalla l. n. 184 del 1983. D'altra parte la stessa Corte costituzionale, con la decisione n. 162 del 2014, ha chiarito come, ritenendo ammissibile la procreazione medicalmente assistita a carattere eterologo, il dato della provenienza genetica non rappresenti un requisito imprescindibile quanto alla costituzione della famiglia, potendosi tale libertà esplicare nell'ambito di determinati limiti, rappresentati dalla compatibilità con l'ordine pubblico delle attività poste in essere per realizzare la propria aspirazione alla costituzione del proprio nucleo familiare come formazione sociale. Nello stesso senso si è di fatto orientata la Corte di cassazione con l'ultima decisione a Sezioni Unite sopra richiamata, che ha sottolineato come la legislazione specifica in tema di illegittimo ricorso alla pratica della maternità surrogata integri la violazione di un principio di ordine pubblico, senza che venga cancellato l'interesse del minore, ma di fatto realizzandosi in casi del genere un affievolimento dello stesso, cessando così di avere rilevanza ed efficacia il principio di autoreponsabilità fondato sul consenso, con prevalenza del *favor veritatis*.

In secondo luogo, occorre tener conto della decisione della Corte costituzionale n. 221 del 2019, con la quale la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale delle previsioni di cui all'art. 5 e 12 della l. n. 40 del 2004 ed ha escluso in modo reciso la possibilità di fruire delle tecniche di procreazione medicalmente assistita per coppie omosessuali, evidenziando la *ratio* della normativa in questione e ritenendo legittimo l'esercizio discrezionale del legislatore nel limitare l'accesso alla cura solo per coppie eterosessuali. Prevale nella considerazione della Corte l'ispirazione di fondo della l. n. 40 del 2004, secondo la quale può essere supportato il progetto genitoriale in presenza di sterilità o infertilità non spiegate, con causa quindi patologica e non altrimenti rimovibile, conseguentemente escludendosi che tale disciplina possa rappresentare una forma di realizzazione del desiderio di genitorialità alternativa ed equivalente al concepimento naturale. Ciò anche in applicazione del disposto costituzionale che, secondo la Corte, richiama e fonda l'ordinamento familiare in relazione alla presenza di un padre e di una madre, come spiegato dall'art. 5 della l. n. 40 del 2004. Non può dunque essere rimosso, come sostanzialmente richiesto dai

remittenti, il requisito di accesso soggettivo previsto dalla legislazione ordinaria in materia. In conclusione dalla decisione della Corte emerge come, ai sensi della legislazione vigente, che non può essere considerata irragionevole, l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale non è affatto omologabile all'infertilità di tipo assoluto ed irreversibile della coppia eterosessuale evidentemente affetta da patologia. Ciò seppure venga riconosciuta la rilevanza come formazione sociale delle unioni omosessuali e dunque delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, riconoscimento che, tuttavia, a parere della Corte, non ricomprende la possibilità di accedere anche in questo caso ad un concetto di famiglia caratterizzata dalla possibile presenza di figli. Anche considerato che la libertà di diventare genitori, secondo la Corte, non implica la possibilità che ciò avvenga senza limiti.

VI) BENEFICI PREVIDENZIALI ED ASSISTENZIALI A CITTADINI STRANIERI EXTRACOMUNITARI. LE RIMESSIONI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA, ALLA CORTE COSTITUZIONALE E LA GIURISPRUDENZA CHE SI CONSOLIDA.

(DI VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La rimessione alla Corte di Giustizia in materia di assegno per il nucleo familiare – 2.1. La giurisprudenza comunitaria – 2.2. Le questioni rimesse - 3. Le ordinanze di remissione alla Corte costituzionale – 4. Gli interventi della Corte costituzionale – 5. L'assegno sociale nelle decisioni della Corte di cassazione – 6. Le azioni antidiscriminatorie in materia di indennità di maternità ed anf.

1. Premessa.

Di particolare importanza, nel panorama della giurisprudenza della Sezione Lavoro della Corte dell'anno 2019, le decisioni assunte in materia di benefici previdenziali ed assistenziali a favore di cittadini stranieri extracomunitari.

Assumono spiccata rilevanza le ordinanze con le quali è stata disposta la rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (oltre che dell'art. 295 c.p.c.) e sollevata questione di legittimità costituzionale su alcuni profili attinenti l'indennità di maternità e l'assegno di natalità, ma anche alcune decisioni con le quali è stata assicurata continuità a precedenti relativi alla legittimazione attiva in tema di azione antidiscriminatoria collettiva per nazionalità *ex* artt. 2 e 4, d.lgs. n. 215 del 2003 e 43, d.lgs. n. 286 del 1998, affermate l'estensione del diritto all'assegno sociale, la violazione del divieto di discriminazione di cui agli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998 cit. del diniego dell'assegno di maternità ai cittadini di Paesi terzi per mancato possesso della carta di soggiorno.

La giurisprudenza della Corte si è mossa anche tenendo conto degli importanti arresti della Corte costituzionale che hanno offerto un contributo senz'altro rilevante ai fini della interpretazione della normativa vigente in tema di riconoscimento delle prestazioni previdenziali ed assistenziali agli stranieri regolarmente soggiornanti (sentenza n. 50 del 2019 e ordinanza n. 52 del 2019).

Il tentativo che si opererà in questa sede è quello di offrire una lettura unitaria dei citati interventi, nella non semplice opera di riconduzione ad unità del sistema delle tutele riconosciute dall'ordinamento ai soggetti indicati, non senza segnalare che, allo stato, ci si deve necessariamente collocare in una prospettiva *parziale*, dovendosi ancora attendere le ulteriori determinazioni sia della Corte di Giustizia che della Corte costituzionale.

Il quadro che emerge, dunque, in prima approssimazione, appare una sorta di *laboratorio* nel quale le linee di intervento della Corte e, quindi, dei giudici di merito

debbono ancora essere tracciate in termini sufficientemente precisi e nel quale le questioni dibattute sono ancora numerose sia a causa delle normative applicabili *ratione temporis*, sia per la difficoltà di inquadrare le diverse prestazioni previdenziali e assistenziali nell'ambito di quelle di *sicurezza sociale* proprie della normativa sovranazionale o, ancora, di quelle afferenti a diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost.

Si vedrà come i presidi offerti dai principi di non discriminazione e di uguaglianza si atteggiavano diversamente a seconda della natura assegnata alla prestazione di volta in volta oggetto di esame.

Allo stato, pertanto, più che operare una classificazione definitiva degli orientamenti ed osservare la condizione del *dialogo* tra le Corti, è possibile segnalare, per alcune questioni, l'esistenza di arresti piuttosto consolidati e, per altri, una giurisprudenza i cui sviluppi non sono sufficientemente prevedibili e la cui successiva evoluzione sarà oggetto di ulteriori studi.

2. La rimessione alla Corte di Giustizia in materia di assegno per il nucleo familiare.

Con le ordinanze **nn. 9021 e 9022 del 01.04.2019**, entrambe redatte dal **Cons. Calafiore**, la Corte ha affrontato la questione relativa alla configurabilità del comportamento discriminatorio dell'INPS nel caso in cui venga negato l'assegno per il nucleo familiare per periodi nei quali i familiari del richiedente (titolare di permesso di soggiorno per lavoro subordinato o di permesso unico di lavoro) abbiano lasciato l'Italia per rientrare nel Paese di origine nel quale hanno fissato la residenza.

Si tratta di una tematica assolutamente peculiare che non involge, quindi, il riconoscimento della prestazione agli stranieri, ma il particolare profilo della sua concedibilità nella specifica ipotesi dell'assenza dal territorio nazionale dei familiari del richiedente.

Le questioni affrontate nelle due ordinanze sono sostanzialmente sovrapponibili, anche se le specificità dei casi meritano la segnalazione delle particolarità delle situazioni affrontate in ragione della parziale diversità delle normative nazionali e sovranazionali di riferimento e delle ragioni esposte nei provvedimenti di merito oggetto di ricorso per cassazione.

La problematica sorge per effetto del disposto contenuto nell'art. 2, comma 6 *bis*, del d.l. n. 69 del 1988, conv., con modif., in l. n. 153 del 1988 che esclude, per i cittadini stranieri, dal computo relativo al calcolo dell'assegno per il nucleo familiare il coniuge ed i figli che non abbiano la residenza in Italia.

La disposizione differisce da quella contenuta nell'art. 2, comma 2, l. n. 153 del 1988, applicabile ai cittadini italiani per i quali l'assegno spetta a prescindere dalla residenza dei membri del nucleo familiare.

I percorsi che hanno portato i due diversi giudici di merito (Corte di Appello di Torino e di Brescia) a riconoscere il diritto all'assegno per il nucleo familiare agli stranieri versanti nella condizione sopra indicata, come detto, differiscono parzialmente.

In particolare, la Corte bresciana (la cui decisione è stata scrutinata con l'ordinanza n. 9021) ha evidenziato come l'art. 11 della direttiva 2003/109/CE, primo paragrafo lett. d), individui, per il soggiornante di lungo periodo, i medesimi trattamenti previsti per i cittadini quanto alle prestazioni sociali, all'assistenza sociale ed alla protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale ed, al secondo paragrafo, che lo Stato membro possa limitare la parità di trattamento ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo o il familiare per cui questo chiede la prestazione abbia eletto dimora o risieda abitualmente nel suo territorio, nonché, al paragrafo quarto, che gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali.

La direttiva è stata recepita in Italia dal d.lgs. 8 gennaio 2007 n. 3 che, modificando l'art. 9 del d.lgs. 26 aprile 1988 n. 286, ha, tra l'altro, previsto che il titolare del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo possa usufruire delle prestazioni di assistenza sociale, di previdenza sociale, di quelle relative ad erogazioni in materia sanitaria, scolastica e sociale, di quelle relative all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico (...) salvo che sia diversamente disposto e sempre che sia dimostrata l'effettiva residenza dello straniero sul territorio nazionale.

Inoltre, la prestazione dell'assegno al nucleo familiare prevista dalla legge n. 153 del 1988 ha natura assistenziale ed essenziale, ai sensi del tredicesimo considerando della direttiva 2003/109/CE e, come tale, non può rientrare nelle deroghe alla regola della parità di trattamento; conclusivamente, l'art. 2, comma 6 bis, l. n. 153 del 1988 si pone in contrasto con la direttiva 2003/109/CE, realizza una oggettiva discriminazione e va, dunque, disapplicato alla luce della disposizione contenuta nell'art. 11, paragrafo 1, della citata direttiva, di immediata applicabilità, sufficientemente precisa e priva di condizioni per la sua esecuzione.

La norma prevede al par. 1, lett. d), che “il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda le prestazioni sociali, l'assistenza sociale ai sensi della normativa nazionale” ed al paragrafo 4 che “gli stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza e protezione sociale alle prestazioni essenziali”.

La fonte sovranazionale di riferimento è costituita, in questo caso, dunque, dalla direttiva 2003/109/CE con particolare riguardo ai “considerando” 12, 13 e 14 ove è previsto che:

“Per costituire un autentico strumento di integrazione sociale, lo status di

soggiornante di lungo periodo dovrebbe valere al suo titolare la parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro in una vasta gamma di settori economici e sociali sulle pertinenti condizioni definite dalla presente direttiva.

Con riferimento all'assistenza sociale, la possibilità di limitare le prestazioni per soggiornanti di lungo periodo a quelle essenziali deve intendersi nel senso che queste ultime comprendono almeno un sostegno di reddito minimo, l'assistenza in caso di malattia, di gravidanza, l'assistenza parentale e l'assistenza a lungo termine. Le modalità di concessione di queste prestazioni dovrebbero essere determinate dalla legislazione nazionale.

Gli Stati membri dovrebbero restare sottoposti all'obbligo di concedere ai figli minori l'accesso al sistema educativo a condizioni analoghe a quelle previste per i propri cittadini”.

La Corte di Appello di Torino (con la sentenza oggetto del procedimento esitato nell'ordinanza n. 9022) ha motivato la disapplicazione dell'art. 2, comma 6 *bis*, del d.l. n. 69 del 1988, conv. in l. n. 153 del 1988, alla luce della direttiva 2011/98/UE, primo paragrafo, lett. e), che prevede che i lavoratori dei Paesi terzi di cui all'art. 3, paragrafo 1, lettere b) e c) (tra i quali rientrava il ricorrente di quel giudizio), beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano, tra l'altro, quanto ai settori della sicurezza sociale definiti nel regolamento (CE) n. 883/2004.

Inoltre, secondo la Corte di merito, l'assegno per il nucleo familiare rientra nei settori della sicurezza sociale definiti nel regolamento (CE) n. 883/2004 come confermato dalla sentenza 21.6.2017, C449/16, Martinez Silva della Corte di Giustizia UE, pronunciatasi a proposito dell'assegno previsto dall'art. 65 della legge n. 448 del 23 dicembre 1998, misura analoga a quella in esame.

Lo Stato italiano non ha recepito l'art. 12 della direttiva che è norma di immediata applicazione.

Consegue, anche alla luce di tale percorso motivazionale, la disapplicazione della norma di legislazione ordinaria.

Le parti della direttiva 2011/98/CE rilevanti nella materia in esame sono le seguenti e si rinviengono nei seguenti *considerando*:

“2. (...) l'Unione europea dovrebbe garantire l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano regolarmente nel territorio degli Stati membri e che una politica di integrazione più incisiva dovrebbe mirare a garantire loro diritti ed obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'Unione (...); 19. In mancanza di una normativa orizzontale a livello di Unione, i cittadini dei paesi terzi hanno diritti diversi a seconda dello Stato membro in cui lavorano e della loro cittadinanza. Al fine di sviluppare ulteriormente una politica di immigrazione coerente, di ridurre la disparità di diritti tra i cittadini dell'Unione e i cittadini di paesi terzi che lavorano

regolarmente in uno Stato membro e di integrare l'acquisizione esistente in materia di immigrazione, è opportuno definire un insieme di diritti al fine, in particolare, di specificare i settori in cui è garantita la parità di trattamento tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di paesi terzi che non beneficiano ancora dello status di soggiornanti di lungo periodo. Tali disposizioni mirano a creare condizioni di concorrenza uniformi minime nell'Unione, a riconoscere che tali cittadini di paesi terzi contribuiscono all'economia dell'Unione con il loro lavoro e i loro versamenti di imposte e a fungere da garanzia per ridurre la concorrenza sleale tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di paesi terzi derivante dall'eventuale sfruttamento di questi ultimi. Ai fini della presente direttiva un lavoratore di un paese terzo dovrebbe essere definito, fatta salva l'interpretazione del concetto di rapporto di lavoro in altre disposizioni del diritto dell'Unione, come un cittadino di un paese terzo che è stato ammesso nel territorio di uno Stato membro, che vi soggiorna regolarmente e a cui è ivi consentito lavorare conformemente al diritto o alla prassi nazionale nel contesto di un rapporto di lavoro retribuito (...); 20 Tutti i cittadini di paesi terzi che soggiornano e lavorano regolarmente negli Stati membri dovrebbero beneficiare quanto meno di uno stesso insieme comune di diritti, basato sulla parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro ospitante, a prescindere dal fine iniziale o dal motivo dell'ammissione. Il diritto alla parità di trattamento nei settori specificati dalla presente direttiva dovrebbe essere riconosciuto non solo ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi, ma anche a coloro che sono stati ammessi per altri motivi e che hanno ottenuto l'accesso al mercato del lavoro di quello Stato membro in conformità di altre disposizioni del diritto dell'Unione o nazionale, compresi i familiari di un lavoratore di un paese terzo che sono ammessi nello Stato membro in conformità della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (...); 24. I lavoratori di paesi terzi dovrebbero beneficiare della parità di trattamento per quanto riguarda la sicurezza sociale. I settori della sicurezza sociale sono definiti dal regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Le disposizioni della presente direttiva relative alla parità di trattamento in materia di sicurezza sociale dovrebbero applicarsi anche ai lavoratori ammessi in uno Stato membro direttamente da un paese terzo. La presente direttiva, tuttavia, non dovrebbe conferire ai lavoratori di paesi terzi diritti maggiori di quelli che il diritto vigente dell'Unione già prevede in materia di sicurezza sociale per i cittadini di paesi terzi che si trovano in situazioni transfrontaliere. La presente direttiva non dovrebbe neppure conferire diritti in relazione a situazioni che esulano dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ad esempio in relazione a familiari

soggiornanti in un paese terzo. La presente direttiva dovrebbe conferire diritti soltanto in relazione ai familiari che raggiungono lavoratori di un paese terzo per soggiornare in uno Stato membro sulla base del ricongiungimento familiare ovvero ai familiari che già soggiornano regolarmente in tale Stato membro (...); 26. Il diritto dell'Unione non limita la facoltà degli Stati membri di organizzare i rispettivi regimi di sicurezza sociale. In mancanza di armonizzazione a livello di Unione, spetta a ciascuno Stato membro stabilire le condizioni per la concessione delle prestazioni di sicurezza sociale nonché l'importo di tali prestazioni e il periodo durante il quale sono concesse. Tuttavia, nell'esercitare tale facoltà, gli Stati membri dovrebbero conformarsi al diritto dell'Unione”.

L'articolo 12, paragrafo 1 lett. e) prevede che “1. I lavoratori dei paesi terzi di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere b e c), beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne: (...) e) i settori della sicurezza sociale definiti nel regolamento (CE) n. 883/2004”.

Quest'ultimo stabilisce, fra l'altro, che “il presente regolamento si applica a tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale riguardanti: (...) lett. j) "le prestazioni familiari"; (...); art. 1 lett. z) "in natura o in denaro destinata a compensare i carichi familiari, ad esclusione degli anticipi sugli assegni alimentari e degli assegni speciali di nascita o di adozione menzionati nell'allegato I”.

2.1. La giurisprudenza comunitaria.

La rimessione è stata determinata dal fatto che la Corte di cassazione ha giudicato non utile a risolvere il dubbio interpretativo la giurisprudenza comunitaria di seguito illustrata in quanto “*formatasi su casi in cui sia i titolari dei diritti alla protezione sociale rivendicati che l'intero nucleo familiare agli stessi riferibili risiedevano stabilmente nel territorio dello Stato membro, o si erano trasferiti da uno all'altro Stato membro*”.

Le principali argomentazioni delle decisioni della Corte di Giustizia riportate nelle due ordinanze in questione, benché ritenute, appunto, non idonee a risolvere le questioni pendenti davanti alla Corte di legittimità, sono, senza dubbio, interessanti in quanto involgenti l'interpretazione delle direttive comunitarie sopra citate in punto di (latamente) *parità di trattamento* tra cittadini e stranieri appartenenti a Stati terzi in punto di prestazioni previdenziali ed assistenziali.

Relativamente ai principi di cui alla direttiva 2003/109/CE rileva quanto deciso con la sentenza della Corte di Giustizia 24.4.2012, n. 571/10 *Servet Kamberaj*, con la quale, relativamente all'affermazione del principio di parità di trattamento, con riferimento alla previdenza ed all'assistenza sociale “*ai sensi della legislazione nazionale*”, di cui all'art. 11, par. 1, lettera d) della direttiva indicata, è stato affermato che il rinvio “*implica che il legislatore dell'Unione abbia inteso rispettare le*

differenze che sussistono tra gli Stati membri riguardo alla definizione e alla portata esatta delle nozioni di cui trattasi?

Tuttavia, è stato anche precisato, l'assenza della definizione uniforme “non implica che gli Stati membri possano pregiudicare l'effetto utile della direttiva 2003/109 al momento dell'applicazione del principio della parità di trattamento previsto da tale disposizione”.

La Corte ha concluso affermando che “allorché stabiliscono le misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale definite dalla loro legislazione nazionale e soggianti al principio della parità di trattamento sancito all'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109, gli Stati membri devono rispettare i diritti ed osservare i principi previsti dalla Carta, segnatamente quelli enunciati all'articolo 34 di quest'ultima. Ai sensi del paragrafo 3 di tale articolo 34, al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione – e dunque gli Stati membri quando attuano il diritto di quest'ultima - << riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali >>”.

Con riguardo alla direttiva 2011/98/CE ed al regolamento 883/2004/CE hanno spiccato rilievo le argomentazioni spese da Corte di Giustizia 21.6.2017, C-449/2016, Martinez Silva relativamente all'assegno per il nucleo familiare previsto dall'art. 65 l. n. 448 del 1998.

Il duplice quesito sottoposto dalla Corte di Appello di Genova alla Corte ha riguardato i seguenti punti: “1) Se una prestazione come quella prevista dall'articolo 65 della legge n. 448/1998, denominata [ANF], costituisca una prestazione familiare ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), del regolamento (CE) n. 883/2004.

2) In caso di risposta positiva, se il principio di parità di trattamento sancito dall'articolo 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE osti ad una normativa, come quella italiana, in base alla quale un lavoratore di paese terzo in possesso di “permesso unico per lavoro” (avente durata superiore ai sei mesi) non può beneficiare del suddetto [ANF] pur essendo convivente con tre o più figli minori e titolare di redditi inferiori al limite di legge”.

In particolare, rilevano le considerazioni svolte dalla decisione in punto di parità di trattamento *ex art. 12, par. 1*, e di “*settore della sicurezza sociale*” che individua il limite invalicabile a quel principio che, dunque, non può essere travolto in quello specifico ambito.

Nel tentativo di operare la delimitazione del principio di parità di trattamento la Corte di Giustizia ha, peraltro, evidenziato come, ai sensi dell'art. 12 della

direttiva, fra l'altro *“Gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento: (...) b) limitando i diritti conferiti ai lavoratori di paesi terzi ai sensi del paragrafo 1, lettera e), senza restringerli per i lavoratori di paesi terzi che svolgono o hanno svolto un'attività lavorativa per un periodo minimo di sei mesi e sono registrati come disoccupati. Inoltre, gli Stati membri possono decidere che il paragrafo 1, lettera e), per quanto concerne i sussidi familiari, non si applichi ai cittadini di paesi terzi che sono stati autorizzati a lavorare nel territorio di uno Stato membro per un periodo non superiore a sei mesi, ai cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi a scopo di studio o ai cittadini di paesi terzi cui è consentito lavorare in forza di un visto; (...)”* e che *“In forza dell'articolo 1, lettera z), del regolamento n. 883/2004, il termine «prestazione familiare», designa tutte le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, ad esclusione degli anticipi sugli assegni alimentari e degli assegni speciali di nascita o di adozione menzionati nell'allegato I di tale regolamento”, mentre “l'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), del medesimo regolamento prevede che quest'ultimo si applica a tutte le legislazioni relative alle prestazioni familiari. Esso non si applica, secondo il disposto del paragrafo 5, lettera a), di detto articolo, all'assistenza sociale e medica”.*

Il nucleo della motivazione si rinviene nel passaggio argomentativo secondo cui “la distinzione fra prestazioni escluse dall'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004 e prestazioni che vi rientrano è basata essenzialmente sugli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare sulle sue finalità e sui presupposti per la sua attribuzione, e non sul fatto che essa sia o no qualificata come prestazione di sicurezza sociale da una normativa nazionale (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 16 luglio 1992, Hughes, C-78/91, EU:C:1992:331, punto 14; del 20 gennaio 2005, Noteboom, C-101/04, EU:C:2005:51, punto 24, e del 24 ottobre 2013, Lachheb, C-177/12, EU:C:2013:689, punto 28). Una prestazione può essere considerata come una prestazione di sicurezza sociale qualora sia attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione definita per legge, e si riferisca a uno dei rischi espressamente elencati nell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004 (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 16 luglio 1992, Hughes, C-78/91, EU:C:1992:331, punto 15; del 15 marzo 2001, Offermanns, C-85/99, EU:C:2001:166, punto 28, nonché del 19 settembre 2013, Hliddal e Bornand, C-216/12 e C-217/12, EU:C:2013:568, punto 48)”.

La Corte ha anche specificato che “il fatto che una prestazione sia concessa o negata in considerazione dei redditi e del numero di figli non implica che la sua concessione dipenda da una valutazione individuale delle esigenze personali del richiedente, caratteristica dell'assistenza sociale, nei limiti in cui si tratta di criteri obiettivi e definiti per legge che, quando sono soddisfatti, danno diritto a tale prestazione senza che l'autorità competente possa tener conto di altre circostanze personali (v., in tal senso, sentenza del 16 luglio 1992, Hughes, C-78/91,

EU:C:1992:331, punto 17). Così, prestazioni attribuite automaticamente alle famiglie che rispondono a determinati criteri obiettivi, riguardanti segnatamente le loro dimensioni, il loro reddito e le loro risorse di capitale, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali, e destinate a compensare i carichi familiari, devono essere considerate prestazioni di sicurezza sociale (sentenza del 14 giugno 2016, Commissione/Regno Unito, C-308/14, EU:C:2016:436, punto 60).

Ulteriormente, ha argomentato che l'espressione "*prestazione familiare*" di cui all'art. 3, paragrafo 1, lettera j), del regolamento n. 883/2004, comprende "*tutte le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, ad esclusione degli anticipi sugli assegni alimentari e degli assegni speciali di nascita o di adozione menzionati nell'allegato I di tale regolamento*".

Con riferimento alla specifica prestazione di cui all'art. 65 l. n. 448 del 1998, la Corte ha osservato che essa è concessa a prescindere da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali del richiedente, in base a una situazione definita per legge, e consiste in una somma di denaro versata ogni anno ai suddetti beneficiari e destinata a compensare i carichi familiari: "*si tratta dunque proprio di una prestazione in denaro destinata, attraverso un contributo pubblico al bilancio familiare, ad alleviare gli oneri derivanti dal mantenimento dei figli*".

Pertanto, secondo i canoni enunciati, "costituisce una prestazione di sicurezza sociale, rientrando nelle prestazioni familiari di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), del regolamento n. 883/2004".

Con riferimento, poi, alla possibilità di escludere la parità di trattamento per i cittadini di Paesi terzi ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale, è stata negata tale opzione nel caso di titolare di un permesso unico ai sensi dell'articolo 2, lettera c), della direttiva, "*dato che, in forza di tale disposizione, detto permesso consente a tale cittadino di soggiornare regolarmente a fini lavorativi nel territorio dello Stato membro che l'ha rilasciato*".

Poiché, nella fattispecie specifica della prestazione presa in esame dalla Corte, lo Stato italiano, non ha inteso avvalersi delle deroghe (pure) previste dall'art. 12 della direttiva ai fini della legittima limitazione della fruizione della prestazione (ammissione al lavoro per non più di sei mesi, ammissione a scopo di studio ed altro) "*le disposizioni della normativa italiana che limitano il beneficio dell'ANF, nel caso di cittadini di paesi terzi, ai titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo e alle famiglie dei cittadini dell'Unione, disposizioni adottate del resto prima del recepimento nel diritto interno della suddetta direttiva, come risulta dai punti 10 e 11 della presente sentenza, non possono essere considerate come istitutive delle limitazioni al diritto alla parità di trattamento che gli Stati membri hanno la facoltà di introdurre ai sensi della medesima direttiva*".

2.2. Le questioni rimesse.

L'irrisolto dubbio interpretativo che ha indotto la Corte di cassazione a rimettere la questione alla Corte di Giustizia, in entrambe le ordinanze, trae origine dal fatto che il nucleo familiare non costituisce solo la base di calcolo dell'importo relativo alla prestazione, ma individua anche il beneficiario della prestazione *“per il tramite del titolare della retribuzione o della pensione cui lo stesso accede”*.

Tanto è vero che l'importo dell'assegno per il nucleo familiare è rapportato al numero dei componenti la famiglia, al numero dei figli ed al reddito familiare.

La Corte ha segnalato come, alla luce di proprie precedenti decisioni (su tutte Sez. U, n. 6179/2008, De Matteis, Rv. 602298 – 01, in motivazione, nonché Sez. L, n. 6155/2004, Morcavallo, Rv. 571602 - 01), alla prestazione vada assegnata natura previdenziale essendo raccordata al reddito del nucleo familiare e non del *“capo famiglia”*.

Secondo altre decisioni, la prestazione avrebbe natura assistenziale in quanto influenzata dal numero e dalla condizione psico fisica dei componenti del nucleo familiare, oltre che dal reddito prodotto dallo stesso.

In sostanza, la prestazione avrebbe lo scopo di operare una redistribuzione del reddito *“attraverso un sistema dei trattamenti diretto ad assicurare una tutela in favore di quelle famiglie che si mostrano effettivamente bisognose sul piano finanziario”*, variando, la prestazione, in base al numero dei componenti del nucleo ed al suo reddito, con particolare riguardo a soggetti infermi, malati o minorenni.

Nel rimettere la questione alla Corte di Giustizia, si è concluso sostenendo una terza tesi che contemperi le altre due sin qui descritte affermando che *“l'istituto in esame realizza una compenetrazione tra strumenti previdenziali ed assistenziali e precisamente tra quelli posti a tutela per il carico di famiglia, con quelli apprestati a tutela di malattie, essendosi rivolta particolare attenzione a quei nuclei familiari che presentano aree di accentuata sofferenza in ragione di infermità che hanno colpito qualcuno dei propri componenti”*, pur trattandosi comunque di una prestazione rientrante sia *“nell'ambito della previsione di cui all'art. 11, paragrafo 1, lett. d) della direttiva 2003/19/CE che contempla <<le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale” che della previsione di cui all'art. 12, paragrafo 1, lettera e) della direttiva 2011/98/CE che contempla <<i settori della sicurezza sociale definiti del regolamento (CE) n. 883/2004>> “*.

Ed ecco che allora si spiega l'affermazione della non totale conducenza, rispetto alla specifica tematica sottoposta alla Corte di cassazione, delle precedenti decisioni della Corte di Giustizia in ragione del fatto che *“per il diritto nazionale i componenti del nucleo familiare assumono un rilievo essenziale nella struttura del trattamento dell'assegno e sono considerati i sostanziali beneficiari dello stesso trattamento”* e proprio da tale circostanza, ossia dal fatto che i familiari componenti sono i sostanziali

beneficiari della prestazione, trae origine il dubbio interpretativo.

E rispetto alla specifica tematica la Corte si chiede quale incidenza possa avere la scelta dei familiari di non risiedere presso lo Stato membro.

Conclusivamente i due quesiti posti dalla Corte sono stati i seguenti:

“se l' art. 11, paragrafo 1 lett. d) della direttiva 2003/109/ del Consiglio, del 25 novembre 2003, nonché il principio di parità di trattamento tra soggiornanti di lungo periodo e cittadini nazionali, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una legislazione nazionale in base alla quale, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, vanno esclusi i familiari del lavoratore soggiornante di lungo periodo ed appartenente a Stato terzo, qualora gli stessi risiedano presso il paese terzo d'origine”;

«se l' art. 12, paragrafo 1 lett. e) della direttiva 2011/98/ del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, nonché il principio di parità di trattamento tra titolari del permesso unico di soggiorno e di lavoro e cittadini nazionali, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una legislazione nazionale in base alla quale, al contrario di quanto previsto per i cittadini dello Stato membro, nel computo degli appartenenti al nucleo familiare, al fine del calcolo dell'assegno per il nucleo familiare, vanno esclusi i familiari del lavoratore titolare del permesso unico ed appartenente a Stato terzo, qualora gli stessi risiedano presso il paese terzo d'origine”.

3. Le ordinanze di remissione alla Corte costituzionale.

Nell'ambito del dibattito instauratosi nell'anno tra le Corti nazionali e sovranazionali, pare interessante segnalare alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate direttamente dalla Corte di cassazione.

Con **ordinanze nn. 16164 e 16167 (rel. D'Antonio e Fernandes)** la Sez. Lavoro ha sollevato distinte questioni di legittimità costituzionale.

La prima ha avuto ad oggetto l'art. 1, comma 125, l. n. 190 del 2014, in relazione agli artt. 3 Cost., 31 Cost. e 117, comma 1, Cost. quest'ultimo in relazione agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CFDUE), proclamata a Nizza il 7.12.2000 e adottata a Strasburgo il 12.12.2007, nella parte in cui, ai fini dell'erogazione dell'assegno di natalità, richiede ai soli cittadini extracomunitari anche la titolarità del permesso unico di soggiorno, anziché la titolarità del permesso di soggiorno e di lavoro per almeno un anno, in applicazione della disposizione generale contenuta nell'art. 41 d.lgs. n. 286 del 1998.

La seconda, in rapporto ai medesimi parametri di legittimità, relativamente all'art. 74 d.lgs. n. 151 del 2001 nella parte in cui richiede ai soli cittadini

extracomunitari, ai fini dell'erogazione dell'indennità di maternità, anche la titolarità del permesso unico di soggiorno, anziché il permesso di soggiorno per almeno un anno.

Nel primo caso la Corte di Appello di Brescia aveva dichiarato la natura antidiscriminatoria del diniego dell'INPS dell'assegno di natalità al non soggiornante di lungo periodo alla luce del tenore letterale dell'art. 12 della direttiva 2011/98/CE sopra citata, mentre l'Istituto, nel proporre ricorso per cassazione aveva sostenuto l'estraneità della prestazione al settore della sicurezza sociale e, dunque, l'inapplicabilità delle prescrizioni della direttiva e del regolamento CE n. 883/2004.

Nel caso dell'assegno di maternità, invece, i giudici di merito (Corte di Appello di Firenze) avevano respinto la richiesta di prestazione attraverso un'interpretazione letterale della norma di riferimento (richiedente, come per l'assegno di natalità, il possesso del permesso di soggiorno di cui all'art. 9 d. lgs. n. 286 del 1998) e ritenendo l'applicabilità, altresì, dell'art. 80, comma 19, l. n. 388 del 2000 che esige, per l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono provvidenze economiche in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali, il possesso della carta di soggiorno, ora permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo.

Nella sola ordinanza relativa all'assegno di natalità si riscontra un interessante passaggio motivazionale in punto di rilevanza della questione di legittimità.

Infatti la Corte si è posta il problema del rapporto tra la questione di legittimità e la possibilità (pure operata dai giudici di merito) della diretta applicazione dell'art. 12 della direttiva sopra menzionata che, in teoria, potrebbe rendere superflua la decisione della Corte costituzionale.

Sul punto la Corte ha evidenziato la non identità di effetti della concreta disapplicazione dell'inciso relativo al requisito del possesso del permesso di lungo soggiorno, rispetto alla eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale.

Si legge nell'ordinanza che “solo in sede di giudizio costituzionale è possibile (...) valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi e considerare (...) gli indici normativi che avrebbero dovuto condurre il legislatore a riconoscere quale unico criterio selettivo giustificato e ragionevole il possesso della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, previsto dall'art 41 d.lgs. n. 286 del 1998 quale espressione di un principio generale, al fine di riconoscere ai titolari la piena equiparazione ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche, di assistenza sociale”.

La diversità, quindi, degli effetti derivanti dalla eventuale pronuncia di

illegittimità, rispetto alla mera disapplicazione della norma incompatibile con la direttiva, giustifica la rilevanza della questione.

In punto di non manifesta infondatezza le due ordinanze contengono argomentazioni sovrapponibili che possono, dunque, ritenersi frutto di una impostazione sufficientemente consolidata in seno alla Corte rispetto alle misure economiche volte a sostenere la genitorialità ed i bisogni essenziali legati alla nascita o all'adozione di un bambino in un contesto caratterizzato da bassi redditi, allo scopo di evitare che una madre possa trovarsi, al momento del parto, in condizione di povertà assoluta.

Per entrambe le prestazioni, qualora i richiedenti siano stranieri extracomunitari (o donne straniere extracomunitarie) è richiesta la titolarità del permesso di lungo soggiorno *ex art. 9 d.lgs. n. 286 del 1998*, e, quindi, il riconoscimento è riservato a coloro che abbiano dimostrato di disporre di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente secondo i parametri indicati nell'art. 29, comma 3, lett. b) del d.lgs. n. 286 del 1998, nonché di un alloggio idoneo e di aver superato un test di conoscenza della lingua italiana.

In relazione all'art. 3 Cost. la Corte dubita che le previsioni di legge ordinaria sopra citate siano legittime nella parte in cui escludono *“intere categorie di soggetti, selezionati non in base all'entità ed alla natura del bisogno, ma ad un criterio privo di collegamento con questo, quale la titolarità del permesso di lungo soggiorno che presuppone una durata pregressa della residenza almeno quinquennale, un reddito almeno pari all'importo dell'assegno sociale, un alloggio idoneo e la conoscenza della lingua italiana: determinando con ciò, l'esclusione di chi si trova in situazione di maggior bisogno rispetto a tale categoria e disparità di trattamento tra situazioni identiche o analoghe, con conseguente lesione del principio di eguaglianza”*.

Sul punto la Corte ha ricordato come, già in altre occasioni (sentenza n. 40 del 2011), la Corte costituzionale abbia segnalato l'assenza di una ragionevole correlazione tra la residenza protratta nel tempo e i requisiti di bisogno e di disagio della persona che costituiscono il presupposto per fruire di una provvidenza sociale

Peraltro, con specifico riferimento all'assegno di natalità, la Corte ha evidenziato come la prestazione sia fruibile nell'arco di tre anni e, dunque, afferisca a bisogni essenziali della famiglia da soddisfare in un ambito temporale limitato che non sono influenzati dalle vicende di vita pregresse e neppure dai progetti familiari a lungo termine.

Né rilevano, secondo la Corte, esigenze di bilancio atteso che il criterio di esclusione individuato è stato ritenuto non ragionevole.

Interessante, ancora, sul punto, il richiamo a quanto deciso dalla Corte

costituzionale con la sentenza n. 50 del 2019 (sulla quale si tornerà in seguito) in materia di assegno sociale, con particolare riguardo al profilo della legittimità dell'art. 80, comma 19, della l. n. 388 del 2000 nella parte in cui subordina il diritto a percepire l'assegno sociale, per gli stranieri extracomunitari, alla titolarità della carte di soggiorno (ora permesso di lungo soggiorno).

In quel caso, infatti, la previsione è stata ritenuta non irragionevole in quanto l'assegno sociale costituisce una misura a favore di chiunque abbia compiuto 65 anni ed assolve a finalità diverse da quelle delle misure di assistenza legate a specifiche esigenze di tutela della persona che non sopportano discriminazioni, come nel caso delle invalidità psichiche.

Quella misura è funzionale a far sì che coloro che si trovano ad uscire dal mondo del lavoro godano di un "sostegno da parte della collettività nella quale hanno operato (non a caso il legislatore esige in capo al cittadino stesso una residenza almeno decennale in Italia), che è anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale e spirituale della società".

Nell'ordinanza relativa all'assegno di maternità, peraltro, la Corte ha messo in risalto un ulteriore passaggio motivazionale della sentenza n. 50 del 2019, ossia quello nel quale si evidenzia che l'uguaglianza nell'accesso all'assistenza sociale tra italiani e comunitari da un lato ed extracomunitari dall'altro, riguarda servizi e prestazioni afferenti al godimento di diritti inviolabili della persona.

Sul punto la Corte ha evidenziato come la tutela della maternità, anche sotto il profilo del sostegno economico al momento della nascita, possa rientrare nella definizione di "*diritto inviolabile della persona*" in quanto gode di "*diretta tutela costituzionale*".

Quindi, per entrambe le prestazioni in esame, il profilo di irragionevolezza è stato ravvisato nella richiesta ai soli cittadini extracomunitari della titolarità del permesso unico di soggiorno, "*anziché della titolarità del permesso di soggiorno e di lavoro per almeno un anno in applicazione della disposizione generale contenuta nell'art. 41 d.lgs. n. 286 del 1998, norma che rappresenta l'equilibrato bilanciamento tra il diritto dell'extracomunitario di godere, a parità di trattamento con i cittadini italiani, delle misure di assistenza sociale e il riscontro di una presenza dello stesso non temporanea né episodica sul territorio nazionale*".

La violazione dell'art. 31 Cost. è stata ravvisata, per entrambe le prestazioni, nell'impedimento alla realizzazione della garanzia costituzionale di protezione della famiglia, della maternità e dell'infanzia nel caso di famiglie e figli i cui genitori non siano in possesso del permesso di lungo soggiorno, pur trovandosi sul territorio nazionale in modo non episodico o temporaneo e vivendo nelle medesime, se non peggiori, condizioni economiche.

Comune anche la ritenuta violazione delle norme di legge ordinaria con l'art.

117, comma 1, Cost. in relazione ad alcune norme della CDFUE (artt. 20, 21, 23, 33 e 34 per l'assegno di natalità; artt. 20, 21, 24, 33 e 34 per quello di maternità).

Il pregiudizio è stato ravvisato rispetto ai principi di uguaglianza e divieto di discriminazioni, anche per cittadinanza, del diritto dei bambini alla protezione ed alle cure necessarie per il loro benessere, alla garanzia della protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale e del diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale ed ai servizi sociali che assicurano protezione.

Con riguardo al solo assegno di natalità, è stata evidenziata, infine, anche una forma di discriminazione a causa della nazionalità in violazione dell'art. 12, lettera e), direttiva 2011/98/CE più volte citata.

Sul punto la Corte ha riportato (pagg. 16 e 17) le argomentazioni spese dalla sentenza della Corte di Giustizia Martinez Silva, sopra ampiamente riportata, in punto di individuazione delle prestazioni di sicurezza sociale, principio di parità di trattamento e derogabilità di quest'ultimo.

Avendo già riportato quanto deciso dalla Corte europea, pare superfluo tornare, in questa sede, sulle relative argomentazioni.

4. Gli interventi della Corte costituzionale.

Di immediata rilevanza nella tematica in esame sono le decisioni della Corte costituzionale intervenute nel 2019 con riferimento alle questioni di legittimità sollevate da giudici di merito in relazione all'art. 80, comma 19, della l. n. 388 del 2000 (sentenza n. 50 del 2019) e degli artt. 65, comma 1, della l. n. 448 del 1998 e 74, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001 (ordinanza n. 52 del 2019).

Si tratta di pronunce particolarmente significative se si considera che la prima ha avuto immediata applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione (come si dirà brevemente in seguito) proprio in relazione ai requisiti ai quali è subordinato il riconoscimento dell'assegno sociale agli stranieri extracomunitari e la seconda presenta profili (parzialmente) intersecanti l'ulteriore questione di legittimità sollevata con l'ordinanza n. 16164 del 2019 dalla Corte di cassazione della quale si è scritto al paragrafo precedente.

Per l'esame di entrambe le decisioni si richiama lo scritto di F. Corvaja, *Straniero e prestazioni di assistenza sociale*: la Corte costituzionale fa un passo indietro ed uno di lato, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. 3/2019 e la bibliografia ivi citata, con particolare riguardo alla nota 1.

La sentenza n. 50 ha avuto origine dall'ordinanza del 27.1.2016 del Tribunale di Torino, in funzione di giudice del lavoro, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della l. n. 388 del 2000, nella parte in cui subordina il diritto a percepire l'assegno sociale, per gli stranieri extracomunitari, al requisito "*ulteriore*" costituito dalla titolarità della carta di

soggiorno (ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo), in riferimento agli artt. 3, 38 e 10, comma 2 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

Inoltre, il Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, con ordinanza del 26.9.2016 ha denunciato la medesima disposizione, sotto analogo profilo, in riferimento agli artt. 3, 10, comma 1, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 14 CEDU.

Le questioni sono state ritenute infondate.

Preliminarmente la Corte ha chiarito la portata dell'art. 20, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, nella l. n. 133 del 2008, con il quale è stato previsto che, a decorrere dal 1.1.2009, l'assegno sociale *“è corrisposto agli aventi diritto, a condizione che abbiano soggiornato legalmente in via continuativa per almeno dieci anni nel territorio nazionale”*.

Tale norma è stata ritenuta individuare un requisito *aggiuntivo* e non *sostitutivo* rispetto a quello previsto dall'art. 80, comma 19, della l. n. 388 cit.

Nel respingere la questione di legittimità, la Corte ha fatto riferimento sia alla propria precedente giurisprudenza in tema di prestazioni di previdenza ed assistenza sociale agli stranieri, sia, brevemente, alle fonti sovranazionali sopra menzionate.

Con riguardo alla direttiva 2003/109/CE ha precisato di avere, in altra occasione, già chiarito che, entro i limiti consentiti da tale fonte, pur nel rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo garantiti dalla Costituzione e dalla normativa internazionale, il legislatore *“può riservare talune prestazioni assistenziali ai soli cittadini e alle persone ad essi equiparate soggiornanti in Italia, il cui status vale di per sé a generare un adeguato nesso tra la partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale della Repubblica, e l'erogazione della provvidenza”*.

Il richiamo, sul punto, è stato a Corte cost. n. 222 del 2013, ove si è precisato che il principio di uguaglianza riguarda servizi e prestazioni attinenti alla fruizione di *“diritti inviolabili della persona”* di cui all'art. 2 Cost. e non tanto quelli afferenti l'assistenza sociale di cui all'art. 38 Cost. (ove si fa riferimento al *“cittadino”*).

E' stato, pertanto ribadito, che, anche a causa della *“limitatezza delle risorse disponibili”* il legislatore può limitare, ed anche escludere, lo straniero extracomunitario dalla fruizione di provvidenze che non assolvano alla funzione di consentire il godimento di diritti inviolabili.

Ciò può essere fatto mediante la previsione, per il cittadino extracomunitario, di ulteriori requisiti *“non manifestamente irragionevoli, che ne comprovino un inserimento stabile e attivo”* di modo che *“le provvidenze divengono il corollario*

dello stabile inserimento dello straniero in Italia, nel senso che la Repubblica con esse ne riconosce e valorizza il concorso al progresso della società, grazie alla partecipazione alla vita di essa in un apprezzabile arco di tempo”.

Entrando proprio nel nucleo della questione sottoposta al suo esame, la Corte ha evidenziato come la titolarità del permesso di lungo soggiorno sia subordinata alla produzione di un reddito, alla disponibilità di un alloggio ed alla conoscenza della lingua italiana “*che sono in sé indici non irragionevoli di una simile partecipazione*” sostanziandosi nell’attribuzione di diritti aggiuntivi (specificamente indicati nella sentenza) rispetto al solo permesso di soggiorno rilasciato (per esempio) per motivi familiari e dotato del carattere di provvisorietà.

Ed allora, secondo la Corte, come, in parte, già sopra ricordato, “non è perciò né discriminatorio, né manifestamente irragionevole che il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo sia il presupposto per godere di una provvidenza economica, quale l’assegno sociale, che si rivolge a chi abbia compiuto 65 anni di età. Tali persone ottengono infatti, alle soglie dell’uscita dal mondo del lavoro, un sostegno da parte della collettività nella quale hanno operato (non a caso il legislatore esige in capo al cittadino stesso una residenza almeno decennale in Italia), che è anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.). Rientra dunque nella discrezionalità del legislatore riconoscere una prestazione economica al solo straniero, indigente e privo di pensione, il cui stabile inserimento nella comunità lo ha reso meritevole dello stesso sussidio concesso al cittadino italiano. Pertanto sotto nessun profilo può ritenersi violato l’art. 3 Cost. con riferimento a quegli stranieri che invece tale status non hanno”.

Tornando ad altra fonte sovranazionale menzionata in precedenza, si osserva che la Corte ha escluso che l’obbligo di attribuire l’assegno sociale allo straniero privo del permesso di soggiorno possa derivare dall’art. 12 della direttiva 2011/98/CE che, come detto, richiama il regolamento n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che impone la parità di trattamento tra i lavoratori stranieri ed i cittadini dello Stato europeo ospitante in quanto non si verte in tema di diritti dei *lavoratori*.

La violazione dell’art. 38 Cost. è stata esclusa sulla base della ragionevolezza del requisito richiesto per l’accesso alla prestazione, per come già segnalato.

Infine, quanto alle censure riferite agli artt. 10, comma 1 e 2 e 117, comma 1 Cost., in relazione all’art. 14 CEDU, è stata esclusa, per le ragioni già indicate, la natura discriminatoria del requisito richiesto.

Peraltro la Corte ha richiamato la costante giurisprudenza costituzionale (sentenze nn. 187 del 2010, 230 del 2015, 22 del 2015, 40 del 2013, 329 del 2011, 11 del 2009, 306 del 2008) secondo cui il requisito della cittadinanza è in contrasto

con l'art. 3 Cost. e con l'art. 14 CEDU solo con riguardo alle prestazioni *“destinate al soddisfacimento di bisogni primari e volte alla garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto o comunque destinate alla tutela della salute ed al sostentamento connesso all'invalidità, di volta in volta con specifico riguardo alla pensione di inabilità, all'assegno di invalidità, all'indennità per ciechi e per sordi e all'indennità di accompagnamento”*.

La sentenza della Corte si pone in sostanziale continuità con quanto precedentemente già deciso con l'ordinanza n. 180 del 2016 che, nel pronunciare sulla legittimità dell'art. 80, comma 19 cit., nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato da almeno dieci anni, del beneficio dell'assegno sociale, ha affermato che il requisito del soggiorno decennale *“appare indicativo dell'orizzonte entro il quale il legislatore ha ritenuto di disporre di una materia del tutto singolare come questa dell'assegno sociale, dal momento che il nuovo e più ampio limite temporale richiesto ai fini della concessione del beneficio risulta riferito non solo ai cittadini extracomunitari ma anche a quelli di Paesi UE e financo – stando allo stretto tenore letterale della norma - agli stessi cittadini italiani?”*.

A ciò si aggiunga che la stessa Corte di cassazione aveva già affermato che in materia di assegno sociale di cui all'art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995 non è irragionevole la previsione dell'art. 80, comma 19, della l. n. 388 del 2000, applicabile *ratione temporis*, laddove ne subordina la concessione agli stranieri, legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, al requisito della titolarità della carta di soggiorno, trattandosi di emolumento che prescinde dallo stato di invalidità e, pertanto, non investe la tutela di condizioni minime di salute o gravi situazioni di urgenza (Sez. L, n. 22261/2015, Esposito, Rv. 637397 – 01).

Con l'ordinanza n. 52 del 2019 la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 65, comma 1, della l. n. 448 del 1998, come modificato dall'art. 13, comma 1, della l. n. 97 del 2013 e dell'art. 74, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001, sollevata con riferimento agli artt. 3, 10, comma 2, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 14 CEDU e 38 Cost.

Si tratta della prestazione dell'assegno di maternità per la quale è stata sollevata la questione di costituzionalità dalla Corte di cassazione con l'ordinanza n. 16167 del 2019 della quale si è detto, sebbene per aspetti diversi.

Anche in questo caso il profilo di illegittimità denunciato dal giudice di merito ha avuto ad oggetto la previsione, quale requisito per accedere alle prestazioni dell'assegno per il nucleo familiare per le famiglie numerose e dell'assegno di maternità, del permesso di soggiorno di lungo periodo.

Nel caso specifico le prestazioni erano state richieste da straniera che fruiva di permesso di soggiorno per motivi familiari e, perciò, erano state respinte le relative

domande.

La declaratoria di manifesta infondatezza è avvenuta per questioni di natura processuale in quanto, a giudizio della Corte, il giudice rimettente non aveva considerato la direttiva 2011/98/CE ed, in particolare, l'art. 12 della stessa che garantisce ai cittadini di Paesi terzi il diritto alla parità di trattamento con i cittadini degli Stati membri in cui soggiornano per quanto riguarda i settori della sicurezza sociale come definiti dal regolamento n. 884/2004.

Inoltre, nella specie, il titolo di soggiorno della richiedente, secondo la Corte, avrebbe potuto rientrare, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, lettera b), della direttiva, fra i titoli legittimanti alla fruizione del diritto alla parità di trattamento di cui all'art. 12 per le prestazioni di sicurezza sociale, tra le quali (ai sensi delle definizioni dell'art. 3, paragrafo 1, del regolamento) potrebbero rientrare l'assegno di maternità e le prestazioni familiari.

Dunque, poichè il giudice di merito non ha preso in considerazione né la direttiva menzionata, né la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul punto (sentenza Martinez Silva più volte citata), la Corte ha ritenuto insufficienti le argomentazioni del Tribunale allo scopo di soddisfare l'onere motivazionale ai fini del vaglio di ammissibilità della questione.

Si tratta di una declaratoria che sollecita i giudici di merito ad una lettura convenzionalmente orientata delle disposizioni di legge ordinaria e che non pare porre preclusioni rispetto alla nuova questione sollevata dalla Corte di cassazione che, come visto, attiene a profili diversi.

Pertanto, nella vicenda esaminata dalla Corte di cassazione (par. 8 della motivazione) la direttiva 2011/98/CE non era richiamabile in quanto, all'epoca dei fatti, non era stata ancora recepita dallo Stato italiano, né era scaduto il termine per il suo recepimento.

5. L'assegno sociale nelle decisioni della Corte di cassazione.

La sentenza n. 50 del 2019 è stata oggetto di ampio richiamo in due decisioni della Corte di cassazione intervenute nell'anno 2019 in punto di requisiti per il riconoscimento dell'assegno sociale.

Sez. L, n. 15170/2019, Mancino, Rv. 654103 – 01, ha enunciato il principio secondo cui lo straniero extracomunitario ha diritto al riconoscimento dell'assegno sociale di cui all'art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995, alla sola condizione del possesso della carta di soggiorno a tempo indeterminato, ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, senza che sia necessaria anche la residenza anagrafica in Italia.

La fattispecie ha avuto riguardo ad una domanda anteriore al 1.1.2009 e, quindi, all'introduzione, attraverso l'art. 20, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008,

conv., con modificazioni, nella l. n. 133 del 2008, dell'ulteriore requisito del soggiorno per almeno dieci anni nel territorio nazionale.

Con altra sentenza la Corte si è pronunciata sui requisiti per la fruizione della prestazione per il periodo successivo al 1.1.2009.

In particolare, ha deciso che lo straniero extracomunitario ha diritto al riconoscimento dell'assegno sociale di cui all'art. 3, comma 6, della l. n. 335 del 1995, alla condizione del possesso della carta di soggiorno a tempo indeterminato - ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo - nonché, a decorrere dal 1° gennaio 2009, per effetto dell'art. 20, comma 10, del d.l. n. 112 del 2008, conv., con modif., nella l. n. 133 del 2008, del soggiorno legale, in via continuativa, per almeno dieci anni, nel territorio nazionale, senza che tale requisito possa essere considerato quale limite alla libertà di circolazione di cui agli artt. 16, comma 2, Cost., 21 e 45 del T.F.U.E., perché non implica alcun divieto violativo della libera scelta del singolo e si sostanzia in un radicamento territoriale che non si identifica con la assoluta, costante ed ininterrotta permanenza sul territorio nazionale (**Sez. L, n. 16989/2019, Fernandes, Rv. 654380 – 01**).

Anche in questa circostanza, nella ricostruzione dell'istituto, la Corte ha compiuto un ampio richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 50 del 2019 segnalando come il requisito della continuità della permanenza sul territorio nazionale integra un requisito richiesto anche al cittadino italiano come segnalato dalla stessa Corte sin dall'ordinanza n. 197 del 2013.

6. Le azioni antidiscriminatorie in materia di indennità di maternità e anf.

La sentenza **Sez. L - , n. 14073/2019, Calafiore, Rv. 653970 – 01** è stata così massimata dall'Ufficio: in tema di assegno per maternità *ex* art. 75 del d.lgs. n. 151 del 2001, costituisce atto di discriminazione in ragione della nazionalità il diniego della prestazione previdenziale ai cittadini di Paesi terzi per mancato possesso della carta di soggiorno, come emerge dalla lettura congiunta degli artt. 43 e 44 del d.lgs. n. 286 del 1998 e delle fonti sovranazionali in materia.

La natura discriminatoria del divieto dell'assegno di maternità è stata dedotta in relazione alla circostanza che tra i requisiti per la fruizione della prestazione vi è, per gli stranieri extracomunitari, il possesso della carta di soggiorno ai sensi dell'art. 9 d.lgs. n. 286 del 1998 (più volte ricordato).

Tale previsione, anche in questa ipotesi, sarebbe incompatibile con l'art. 12 della direttiva 2011/98/CE che afferma il diritto dei lavoratori di Paesi terzi, titolari di un permesso di soggiorno che consente di lavorare (come avvenuto nella fattispecie, nella quale la ricorrente era titolare di permesso di soggiorno in attesa di occupazione), a beneficiare dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano, per quanto attiene ai settori della sicurezza

sociale per come definiti dal (più volte ricordato) regolamento n. 884/2004 e, quindi, anche rispetto ai trattamenti di maternità e paternità previsti dall'art. 3, lettera b), del regolamento.

La ricostruzione della sentenza è stata volta alla individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie discriminatoria per nazionalità ed è stata operata attraverso una puntuale disamina delle norme di cui agli artt. 43 e 44 d.lgs. n. 286 del 1998 e 28 d.lgs. n. 150 del 2001.

In particolare, l'esame si è soffermato sul contenuto della prima norma laddove si fa riferimento ad “ogni comportamento che direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento lo l'esercizio , in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica”, precisando, altresì, che costituisce atto di discriminazione l'imposizione di condizioni più svantaggiose o il rifiuto di fornire l'accesso all'occupazione, all'alloggio, alla formazione e ai servizi sociali e socio-assistenziali allo straniero regolarmente soggiornante in Italia.

Con il termine “*comportamento*” si intende fare riferimento ad azioni ed omissioni che si pongano in nesso di causalità diretta o indiretta con le discriminazioni che possono ritenersi tali solo quando la condotta abbia come scopo o effetto la lesione di un diritto umano o una libertà fondamentale.

Proprio l'alternatività degli *scopi* e degli *effetti* rende centrale il *risultato* dell'azione discriminatoria suscettibile di essere sanzionata e la conseguente irrilevanza degli *stati soggettivi* dell'autore della condotta, sicchè è sufficiente accertare la sussistenza del nesso di causalità tra l'atto e l'evento lesivo prescindendo dalla “*dolosa volontà discriminatoria nella determinazione della condotta e nella conseguente disparità di trattamento*”.

Infine, sempre con riferimento all'applicazione sostanziale di principi fissati nella normativa sovranazionale (nella specie la direttiva 2003/109/CE recepita con l. n. 97 del 2013) la Corte ha ribadito due importanti principi, uno di natura processuale ed uno sostanziale.

Si tratta della decisione **Sez. L - , n. 28745/2019, Calafiore**, con la quale si è affermato che nelle discriminazioni collettive in ragione del fattore della nazionalità, *ex artt. 2 e 4 del d.lgs. n. 215 del 2003 ed art. 43 del d.lgs. n. 286 del 1998*, sussiste la legittimazione ad agire in capo alle associazioni ed agli enti previsti dall'art. 5 d.lgs. n. 215 del 2003 (Rv. 655612 – 01, conformemente a Sez. L - , n. 11165/2017, Rivero, Rv. 644231 – 01).

Inoltre è stato confermato che la mancata concessione, ai cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo in Italia, dell'assegno per il nucleo familiare, previsto dall'art. 65 della l. n. 448 del 1998, per il periodo precedente all'1 luglio 2013, costituisce discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità, per violazione del principio di parità in materia di assistenza sociale e protezione sociale, in relazione alle prestazioni essenziali, previsto dalla direttiva 2003/109/CE ed attuato dall'art. 13, comma 1, della l. n. 97 del 2013 (Rv. 655612-02, conforme a Sez. L - , n. 11165/2017, Rivero, Rv. 644231 – 02 e Sez. 6 - L, n. 16593/2018, Spena, Rv. 649499 – 01).

Rilevanti, ai fini che qui più specificamente interessano, le argomentazioni spese dalla Corte per motivare la configurabilità della discriminazione collettiva per ragioni di nazionalità per violazione della direttiva 2003/109/Ce, anche per il periodo precedente all'attuazione di quest'ultima, ovvero prima del 1.7.2013.

E' stata quindi respinta la tesi secondo cui la prestazione dell'assegno per il nucleo familiare con almeno tre figli minori concesso dai Comuni, non rientrerebbe nelle prestazioni essenziali di cui alla direttiva, che sarebbe comprensiva delle sole prestazioni che garantiscono l'assistenza personale.

In realtà, l'estensione agli stranieri muniti di permesso di lungo soggiorno della prestazione in esame è avvenuta con l'art. 13, comma 1, della l. n. 97 del 2013 che, richiamando la procedura d'infrazione n. 4009/2013 contestata all'Italia per la non conformità di alcune disposizioni di legge (tra cui l'art. 65 l. n. 448 del 1998) alla direttiva 2003/109/CE, ha esteso la platea dei beneficiari della misura.

Se, dunque, lo scopo della norma è stato quello di rendere conforme l'art. 65 cit. alla normativa sovranazionale, la disposizione *“in base ad un'interpretazione orientata in senso comunitario e costituzionale, deve essere intesa nel senso che il diritto dei lungo soggiornanti all'ANF decorra fin dal momento in cui esso doveva essere introdotto nell'ordinamento interno in attuazione della direttiva ed ogni diversa interpretazione metterebbe il testo della l. n. 97 del 2013, art. 13 in contraddizione con il suo oggetto e la sua ratio, oltre ad esporre l'Italia alla contestazione di violazione dell'obbligo di corretta trasposizione della direttiva”*.

Quest'ultima, peraltro, scaduto il termine per il suo recepimento (23.1.2006), era dotata di efficacia diretta essendo determinati i beneficiari della prestazione, individuato il contenuto della posizione di vantaggio e considerata la natura di autorità pubblica del soggetto passivo.

Pertanto l'assegno per il nucleo familiare costituisce una prestazione che lo Stato deve garantire in condizione di parità ai sensi dell'art. 11 della direttiva 2003/109/CE anche ai cittadini non comunitari lungo soggiornanti, essendo intervenuto il riconoscimento di cui alla l. n. 97 del 2013 in conformità ad una direttiva direttamente applicabile la cui mancata attuazione configura una

discriminazione collettiva per nazionalità.

La Corte, tenuto conto della direttiva e della interpretazione ad essa fornita dalla Corte di Giustizia con la sentenza Kamberaj sopra citata, è giunta a precisare che l'assegno costituisce una *“prestazione essenziale in quanto si tratta di una forma di assistenza riferita a famiglie in situazione di povertà in presenza di almeno tre figli minori, tenuto altresì conto del contesto in cui si iscrive l'art. 11, comma 1, lett. d), e della finalità perseguita dalla direttiva 2003/109/; ossia l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente ed a titolo duraturo negli Stati membri”*.

La sentenza della Corte di Giustizia ha espressamente affermato che la nozione di prestazioni essenziali di cui all'art. 11, comma 1, lett. d), della direttiva non è *“esaustiva”*, sicchè l'omessa menzione nel tredicesimo considerando della misura in esame non comporta che essa non possa essere considerata prestazione essenziale.

Né risulta che lo Stato italiano abbia mai invocato la deroga di cui all'art. 11, comma 4, con riferimento all'assegno per il nucleo familiare.

VII) IL DIRITTO ALLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO, GLI OBBLIGHI DELLO STATO DEBITORE E LA CONFORMAZIONE AL DIRITTO VIVENTE DELLA CORTE EDU.

(DI ANTONELLA FILOMENA SARRACINO)

SOMMARIO: 1. Premessa. Il quadro normativo di riferimento e le questioni esaminate dalle Sezioni Unite. - 2. Il rapporto tra il giudizio di cognizione e quello esecutivo e l'equiparabilità fra quest'ultimo e l'ottemperanza. Il diritto alla ragionevole durata del processo e quello alla esecuzione delle decisioni interne esecutive. - 3. Le questioni ancillari: l'individuazione del momento in cui comincia la fase esecutiva e la rilevanza del termine di 120 giorni di cui all'art. 14 del d.l. n. 669 del 31 dicembre 1996, conv. dalla legge n. 30 del 28 febbraio 1997. - 4. Gli obblighi dello Stato debitore. Conclusioni.

1. Premessa. Il quadro normativo di riferimento e le questioni esaminate dalle Sezioni Unite.

Sette sentenze delle Sezioni Unite affrontano nuovamente nel 2019 il tema dei rapporti tra cognizione ed esecuzione, ai fini della verifica della durata del processo, ma le pronunzie, come renderà palese l'esame delle stesse, contengono affermazioni di principio che valicano ampiamente i confini dell'indennizzo *ex lege* Pinto, passando dalla ribadita necessità del giudice di legittimità di conformarsi al diritto vivente della Corte Edu e, più in generale, delle altre Corti sovranazionali, alla rilettura in chiave innovativa degli obblighi gravanti sullo Stato debitore.

Quest'ultima operazione, senza dubbio modernissima, porta alla affermazione che il creditore dello Stato, almeno di regola, con riguardo alle sentenze che non pongano particolari problemi di esecuzione, non deve far ricorso allo strumento esecutivo per ottenere il soddisfacimento dei propri diritti.

Prima di ripercorrere l'impianto motivazionale delle decisioni ed allo scopo di comprenderlo appieno, appare opportuno brevemente richiamare, a grandissime linee, l'assetto normativo in cui esse si calano.

Il diritto al "giusto processo", consacrato nell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea, è il diritto di ciascuno a veder esaminata la propria causa da un giudice precostituito per legge, indipendente ed imparziale, nell'ambito di un pubblico processo che si concluda in un tempo ragionevole.

Il diritto alla ragionevolezza del tempo della decisione è l'affermazione più moderna contenuta nella norma poc'anzi citata che ha imposto all'Italia, in ragione della forza vincolante della Convenzione, la conformazione della propria legislazione, prima con la riforma dell'art. 111 della Costituzione (sebbene si sia da più parti sostenuto che il "giusto processo" fosse già immanente nella nostra Carta costituzionale, potendo desumersi dalla lettura congiunta degli artt. 2 e 24) e poi con la promulgazione della legge n. 89 del 24 marzo del 2001, c.d. Pinto.

Anteriormente alla legge c.d. Pinto, infatti, non esisteva affatto un rimedio

specifico che consentisse ai singoli una tutela indennitaria/risarcitoria da irragionevole durata del processo davanti ai giudici nazionali, sicchè gli interessati potevano solo adire la Corte Edu, ai sensi degli artt. 13, 34 e 35 della Convenzione.

L'esame della struttura portante della legge, ad onta delle novelle legislative intervenute nel corso degli anni, ne palesa chiaramente lo scopo: indennizzare l'ansia e la sofferenza per l'incertezza per il protrarsi della lite, senza che ne rilevi l'esito, salvo il limite della temerarietà o, più in generale, dell'abuso.

Il legislatore italiano, sempre nell'ottica di bilanciamento dei plurimi interessi coinvolti, ha poi introdotto, all'art. 4 della legge sull'equa riparazione, la previsione di un termine di decadenza.

La domanda di ristoro, se non proposta in corso di causa, deve essere introdotta, entro sei mesi dal momento in cui la decisione che conclude il procedimento diviene definitiva (sul punto va ricordato che la Corte costituzionale ha di recente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89, come sostituito dall'art. 55, comma 1, lettera d), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134, nella parte in cui non prevede che la domanda di equa riparazione possa essere proposta in pendenza del procedimento presupposto).

Ebbene, come si anticipava, nell'anno appena trascorso, il giudice di legittimità a Sezioni Unite si è nuovamente interrogato su cosa debba intendersi per "decisione definitiva" e dunque su quale sia il momento dal quale comincia a decorrere il termine di decadenza semestrale per la proposizione del giudizio di equa riparazione.

Detta delicata questione, evidentemente, ne sottende un'altra: la possibilità o meno di considerare la fase di cognizione unitariamente rispetto a quella di cognizione, nonché l'equiparabilità del processo di esecuzione a quello di ottemperanza.

Corollari di questo principale interrogativo e questioni serventi rispetto ad esso sono poi quelle relative al momento in cui deve considerarsi introdotto il processo esecutivo, nonché la rilevanza nel procedimento cd. Pinto e nel calcolo della durata del processo del termine di 120 giorni di cui all'art. 14 del d.l. n. 669 del 31 dicembre 1996, convertito dalla legge n. 30 del 28 febbraio 1997.

Prima di indicare la via tracciata dalle S.U., va subito evidenziato come la strada interpretativa percorsa dal giudice di legittimità è stata scelta avendo quale obiettivo, lo si anticipava, l'armonizzazione del sistema di tutela offerto al cittadino dalla legge Pinto al diritto vivente Edu, perché la funzione del giudice nazionale è, scrive la Corte, quella di cooperare, anche con interpretazioni convenzionalmente, oltre che costituzionalmente orientate, con la giurisprudenza sovranazionale, in

modo da offrire lo *standard* più elevato possibile di protezione dei diritti umani.

2. Il rapporto tra il giudizio di cognizione e quello esecutivo e l'equiparabilità fra quest'ultimo e l'ottemperanza. Il diritto alla ragionevole durata del processo e quello alla esecuzione delle decisioni interne esecutive.

Le sette sentenze delle Sezioni Unite, dalla n. 19883/2019 alla 19888/2019, nonché la n. 20404/2019 affrontano quindi nuovamente il tema della equiparabilità del processo di esecuzione e di ottemperanza e, a monte, dell'unicità o meno del processo di cognizione e di esecuzione (sia quanto alla commisurazione della durata del processo, sia ai fini della verifica del rispetto del termine di decadenza) ribaltando, nelle ipotesi in cui debitore è lo Stato, le conclusioni cui era giunta Sez. U, n. 09142/2016, Bianchini, Rv. 639530-01 (questo ufficio ha massimato **Sez. U, n. 19883/2019, Conti, Rv. 644838-01, Rv. 644838-02, Rv. 644838-03, Rv. 644838-04**).

Senza alcuna pretesa di esaustività, va sul punto sinteticamente ricordato che, dopo un primo approccio (cfr. Sez. U, n. 27348/2009, Forte, Rv. 610863-01 e Sez. U, n. 27365/2019, Forte, Rv. 610863-01) volto a negare la possibilità di considerare unitariamente, ai fini del ristoro da irragionevole durata del processo, cognizione ed esecuzione, stante la asserita diversità funzionale e strutturale dei due processi, la prima rivoluzione in relazione al tema in esame fu offerto da Sez. U, n. 06312/2014, Di Palma, Rv. 630042-01 (e dalle sei sentenze gemelle non massimate dalla n. 06313 alla 06318/2014 del medesimo estensore).

Con queste pronunzie cambia completamente la prospettiva, si afferma, nell'ottica convenzionalmente orientata, in attuazione della effettività delle tutele ed in armonia con l'art. 6, paragrafo 1 della Convenzione, la necessità di valutare unitariamente le due fasi: merito ed esecuzione non sono due processi diversi, ma piuttosto fasi dello stesso, volto alla soddisfazione del diritto, che trova il suo culmine nell'atto conclusivo della procedura esecutiva.

L'ermeneusi dell'assetto normativo è stato poi completato dalla giurisprudenza di legittimità con la già citata Sez. U, n. 09142/2016, Bianchini, Rv. 639530-01 con la quale l'affermazione della necessaria valutazione unitaria di cognizione ed ottemperanza viene bilanciata con altri principi ed interessi.

Si è sostenuto, infatti, che, ai fini dell'equa riparazione, cognizione ed esecuzione vanno considerate unitariamente o separatamente in base alla condotta di parte, allo scopo di preservare la certezza delle situazioni giuridiche e di evitarne l'esercizio abusivo, sicchè ove la parte si sia attivata per l'esecuzione nel termine di sei mesi dalla definizione del processo di cognizione, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 89 del 2001, può esigere la valutazione unitaria dei procedimenti, finalisticamente considerati come un *unicum*, mentre, ove abbia lasciato spirare quel termine, non

può più far valere l'irragionevole durata del procedimento di cognizione, non essendovi soluzione di continuità rispetto al successivo processo di esecuzione.

Le conclusioni innanzi riferite, come affermato in apertura, sono state ripensate almeno con riferimento all'ipotesi in cui il debitore, come nel caso dell'indennizzo *ex lege* Pinto, sia lo Stato.

Osservano al riguardo le Sezioni Unite della Corte che la necessità del *renvirement* deriva dall'indispensabile ancoraggio al diritto vivente della Corte Edu, perché la giurisprudenza italiana deve collaborare fattivamente con le Corti sovranazionali alla protezione dei diritti fondamentali, in armonia con quanto già ritenuto di recente sia dallo stesso giudice di legittimità a Sezioni Unite che dal Giudice delle leggi (a tal proposito vengono espressamente richiamate, sia Sez. U, n. 33208/2018, Conti, Rv. 652237-01, sia Corte cost. 26.3.2015, n. 49 che Corte cost. 24.1.2019, nn. 24 e 25).

Nel dettaglio, la riflessione del giudice di legittimità italiano parte sia dalla causa *Di Blasi ed altri c. Italia*, ric. n. 42256/2012, conclusasi con la cancellazione della causa dal ruolo, sia dalla sentenza della *Corte europea diritti dell'uomo*, 14 settembre 2017, *Bozza contro Italia*.

Nel primo caso, avente piena efficacia e vincolatività, benchè la decisione della Corte europea sia stata di cancellazione della causa dal ruolo (a conferma si richiama Cass. pen., Sez. 1, n. 50919/2018, Magi, Rv. 274878-01 ed il comma 421, dell'art. 1 della l. n. 147 del 27 dicembre 2013), il Governo italiano ha presentato dichiarazione unilaterale con la quale ha riconosciuto la violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione europea in relazione ad una vicenda nella quale, dopo il riconoscimento delle spettanze retributive, nell'inerzia dello Stato debitore (si trattava di impiegati statali), il giudizio di ottemperanza era stato promosso a distanza di poco meno di tre anni.

Nel secondo, la Corte europea espressamente distingue i casi in cui il creditore è un privato, da quelli in cui è una parte pubblica, per evidenziare che in questa seconda ipotesi la fase esecutiva non dovrebbe di norma aver luogo, attese le caratteristiche soggettive del debitore.

La Corte Edu, infatti, dopo aver dato atto che, secondo la propria giurisprudenza, l'esecuzione è parte integrante del processo (*Corte europea dei diritti dell'uomo*, *Hornsby contro Grecia* del 19 marzo 1997, *Silva Pontes contro Portogallo* del 23 marzo 1994, *Di Pede e Zappia contro Italia* del 26 settembre 1996, *Bourdov contro Russia* del 7 maggio 2002) e che sussiste sempre l'obbligo per lo Stato contraente di assicurare che ciascun diritto rivendicato trovi la sua effettiva realizzazione, afferma che la consistenza di detto obbligo è diversa a seconda che il debitore sia una pubblica amministrazione o un privato.

Quando debitore è il privato, l'obbligo dello Stato si concretizza, infatti,

semplicemente nel garantire al creditore l'assistenza necessaria, di modo che il diritto rivendicato possa trovare la sua realizzazione.

Per converso, quando debitore è lo Stato, di norma, il creditore non deve attivare un procedimento esecutivo per la realizzazione del proprio debito, soprattutto quando l'esecuzione della sentenza non comporti alcuna difficoltà, concretizzandosi nel pagamento di una somma di denaro, dovendo l'autorità pubblica a tanto provvedere spontaneamente (*Corte europea dei diritti dell'uomo, Akachev contro Russia del 21 giugno 2008, Chvedov contro Russia del 20 ottobre 2005, Kosmidis e Kosmidis contro Grecia dell'8 novembre 2007*), essendo sufficiente la notifica della sentenza o l'espletamento di adempimenti processuali di natura formale.

In conclusione, secondo il diritto vivente della Corte Edu, cognizione ed esecuzione hanno sempre natura unitaria quando debitore è lo Stato, poiché non vi è alcun onere del privato debitore di intentare il procedimento esecutivo, almeno per le sentenze, come quelle di condanna al pagamento di somme di denaro, che alcun problema esecutivo pongono.

Ne consegue che il termine finale entro il quale introdurre l'azione di indennizzo *ex lege* Pinto è quello della decisione definitiva resa in sede esecutiva, senza che rilevi, quando debitore è lo Stato, ai fini del rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 4 cit., il lasso temporale intercorso tra la fine del giudizio di cognizione e l'introduzione di quello esecutivo.

Questo sinteticamente il panorama del diritto vivente della giurisprudenza Edu con cui hanno dovuto confrontarsi le Sezioni Unite che sono giunte alla conclusione di mantenere fermi i principi di Sez. U, n. 09142/2016, Bianchini, Rv. 639530-01 solo con riguardo alle ipotesi in cui debitore sia un privato, mentre in quelle in cui si tratti dello Stato, osservano, l'unitarietà di cognizione ed esecuzione è incondizionata, senza che rilevi il tempo entro il quale è stato iniziato l'eventuale giudizio di cognizione.

Il principio è stato così massimato da questo Ufficio: ai fini della decorrenza del termine di decadenza per la proposizione del ricorso *ex art.* 4 della l. n. 89 del 2001, nel testo modificato dall'art. 55 del d.l. n. 83 del 2012, conv. dalla l. n. 134 del 2012, risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2018, la fase di cognizione del processo che ha accertato il diritto all'indennizzo a carico dello Stato-debitore va considerata unitariamente rispetto alla fase esecutiva eventualmente intrapresa nei confronti dello Stato, senza la necessità che essa venga iniziata entro sei mesi dalla definitività del giudizio di cognizione, decorrendo detto termine dalla definitività della fase esecutiva.

Sul piano argomentativo, la S.C. precisa che la soluzione prescelta non mina né la certezza, né la stabilità delle decisioni giuridiche. Non realizza una tacita abrogazione della norma sulla decadenza che comincerà a decorrere dalla

decisione definitiva nel procedimento esecutivo e nemmeno determina un surrettizio allungamento dei tempi di soddisfazione del diritto e del processo, oltre ad essere in linea con il principio, affermato dalla Corte Edu, secondo il quale il creditore dello Stato non è gravato dall'onere di introdurre il giudizio esecutivo per il pagamento di somme di denaro, sicchè permane in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di adempiere al pagamento, senza soluzione di continuità, anche oltre il termine convenzionalmente ritenuto congruo e ragionevole ai fini dell'adempimento spontaneo.

E' attento il giudice di Legittimità a precisare, però, che la ritenuta unità della fase di cognizione ed esecuzione, quando debitore è lo Stato, senza necessità di rispetto di alcun termine, comporta inevitabilmente che dal tempo-processo vada detratto quello cagionato dall'inerzia del creditore nella introduzione della fase esecutiva.

Insomma, nel computo della durata complessiva di cognizione ed esecutivo non va considerato come "tempo processo" quello intercorso fra la definitività della fase di cognizione e l'inizio della fase esecutiva, che potrà eventualmente rilevare ai fini del ritardo nell'esecuzione come autonomo pregiudizio, allo stato indennizzabile in via diretta ed esclusiva, in assenza di rimedio interno, dalla Corte dei diritti dell'uomo.

Come già ritenuto nelle innanzi ricordate sette sentenze gemelle a Sezioni Unite del 2014, anche nelle pronunzie in commento si afferma, infatti, che il diritto all'esecuzione delle decisioni interne esecutive non può essere ricondotto all'alveo della legge Pinto e va distinto, sia sul piano strutturale che funzionale, dal diritto alla durata ragionevole del processo.

Il diritto del privato al risarcimento da ritardo nella esecuzione della decisione favorevole eccedente il termine ritenuto congruo di sei mesi e cinque giorni costituisce infatti un autonomo pregiudizio, correlato ad un ritardo attribuibile allo Stato amministrazione (in tema si vedano: *Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Gaglione contro Italia, del 21 dicembre 2010, ma anche Simaldone contro Italia del 31 marzo 2009*) indennizzabile ex art. 41 della Cedu davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il rilievo che la decisione definitiva non possa che essere quella con la quale viene effettivamente data soddisfazione al diritto preteso in giudizio, comporta, in armonia con le premesse ed anche con quanto già ritenuto da Sez. U, n. 27365/2009, Forte, Rv. 610863-01 e n. 27364/2009 (non massimata), che il giudizio di ottemperanza e quello di esecuzione siano, per quello che qui interessa, assimilabili.

Ed infatti, osserva la Corte, non rileva in questa sede la disputa – che pure ha appassionato la dottrina – relativa alla natura del giudizio di ottemperanza, ritenuto

di carattere meramente esecutivo da taluno, di natura cognitoria da altri ed infine, pragmaticamente, di natura mista dall'orientamento prevalente, perché al fine della valutazione unitaria delle due fasi, nell'ottica della legge Pinto, quello che conta è unicamente la notazione che la fase di ottemperanza è anch'essa, innegabilmente, strumento imprescindibile per l'effettività della tutela.

Dunque nella prospettiva ricostruttiva seguita dalla Corte nelle pronunzie del 2019 il processo di ottemperanza va parificato a quello esecutivo per la finalità comune di dare attuazione al giudicato e di rendere effettiva la tutela degli interessi legittimi e dei diritti in caso di giurisdizione esclusiva.

Nè incide sulla unitarietà delle fasi di merito ed esecuzione la diversità dei plessi giurisdizionali, ordinario ed amministrativo, rilevando solo il tempo processuale necessario a rendere soddisfazione al diritto preteso.

3. Le questioni ancillari: l'individuazione del momento in cui comincia la fase esecutiva e la rilevanza del termine di 120 giorni di cui all'art. 14 del d.l. n. 669 del 31 dicembre 1996, conv. dalla legge n. 30 del 28 febbraio 1997.

Il procedimento esecutivo comincia, scrive la S.C., con la notifica del pignoramento, ai sensi dell'art. 491 c.p.c. ed è da questo momento quindi che va computata la durata di detta fase, essendo la notifica del precetto e/o del titolo esecutivo atti neutri sotto tal profilo.

La seconda questione ancillare riguarda la rilevanza del termine di 120 gg. di cui all'art. 14 del d.l. n. 669 del 31 dicembre 1996, conv. dalla legge n. 30 del 28 febbraio 1997, ai fini della durata del ragionevole processo.

Ebbene, quanto a detto aspetto, la via interpretativa maestra non può che essere quella tracciata da Corte cost., 6 giugno 2018 n. 135, sicché la specialità del regime di riscossione dei crediti *ex lege* Pinto esclude che ad esso si applichino termini diversi da quello di sei mesi e 5 gg. per l'adempimento spontaneo.

In ogni caso, specificano le Sezioni Unite, rispetto alle procedure di pagamento di altri debiti della pubblica amministrazione detto termine, laddove impedisce, prima del suo decorso, l'azione esecutiva, potrà eventualmente rilevare sotto il profilo del ritardo nell'esecuzione, dunque, facendo maturare in capo al privato il diritto all'indennizzo autonomamente richiedibile innanzi alla Corte Edu.

Il termine di 120 giorni di cui all'art. 14 del d.l. n. 669 del 1996 non produce quindi alcun effetto ai fini della ragionevole durata del processo esecutivo, né sullo *spatium adimplendi* che la giurisprudenza nazionale, in modo coerente con la giurisprudenza della Corte Edu, riconosce allo Stato per provvedere al pagamento.

4. Gli obblighi dello Stato debitore. Conclusioni.

Le sette pronunzie delle Sezioni Unite del 2019, pur partendo da questioni specifiche attinenti il sistema indennitario disegnato dal legislatore con la legge Pinto volto al ristoro dei danni dovuti alla lentezza del sistema processuale, si fanno apprezzare, quindi, oltre che per le soluzioni offerte alle singole questioni proposte, per la complessiva rilettura del sistema, rispettosa dei nostri principi costituzionali, in armonia con la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo, nonché con la *ratio* delle scelte del legislatore.

L'operazione di ripensamento è stata peraltro compiuta avendo sempre presente il quadro di riferimento già tracciato dal giudice di legittimità nei pregressi approdi, con i quali la Corte si è costantemente confrontata, giungendo a modificare le conclusioni raggiunte, in ragione delle riflessioni operate dalla Corte Edu, solo avuto riguardo alle ipotesi in cui il debitore è lo Stato.

I principi contenuti nelle sentenze in commento, ad ogni modo, come si anticipava, trascendono i temi specifici e toccano (ed interferiscono con) questioni ben più generali.

In primis, la ribadita esigenza che il giudice nazionale offra sempre una lettura del *corpus* normativo in senso convenzionalmente orientato, confrontandosi con il diritto vivente Edu e più in generale con la giurisprudenza delle Corti sovranazionali.

In secundis, la rinnovata attenzione alla effettività della tutela dei diritti che vede quale corollario, almeno quando il debitore è lo Stato, ai fini della commisurazione del tempo del processo, la considerazione unitaria delle fasi di merito ed esecuzione/ottemperanza, senza che rilevi il tempo intercorso tra l'instaurazione delle due fasi.

Infine, l'affermazione forse più importante delle pronunzie, il fondamento giustificativo della unicità delle fasi, quando debitore è lo Stato, sicchè in dette ipotesi il termine di decadenza comincerà a decorrere sempre dall'ultimo atto della procedura esecutiva: dopo la pronunzia di merito, sussiste un obbligo in capo allo Stato di adempimento delle proprie obbligazioni, che permane anche dopo il termine concesso per provvedervi spontaneamente, senza soluzione di continuità.

Insomma, in accordo con i principi di civiltà giuridica più moderni, se il debitore è lo Stato, l'azione esecutiva, almeno di regola e per le decisioni che non involgano questioni esecutive complesse, non dovrà essere intrapresa, potendo e dovendo il privato confidare nella doverosa esecuzione spontanea da parte dello Stato.

In limine, la decisione delle S.U. di conservare la distinzione, da operarsi, secondo l'insegnamento contenuto nella citata Sez. U, n. 06312/2014, in virtù del principio della domanda tra:

a) il diritto alla esecuzione delle decisioni interne esecutive, dunque il diritto del privato di essere pagato dallo Stato nel tempo non superiore a quello ritenuto ragionevole di sei mesi e cinque giorni, tutelabile, in assenza di rimedio interno, solo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo *ex art. 41* della Convenzione per violazione dell'art. 6, par. 1 della Cedu;

b) il diritto ad un processo di durata ragionevole che, se violato, può essere ristorato, attivando il processo *ex lege* Pinto, dunque azionando la domanda di indennizzo.

Del resto, scrive il giudice di legittimità approfondendo il tema, l'autonomia dei due pregiudizi è riconosciuta anche dalla stessa Corte Edu che provvede a liquidarli entrambi solo quando sia stata azionata la tutela per tutti e due e sussistano i diversi presupposti originativi delle poste indennitarie, atteso che l'uno è correlato alla irragionevole durata del processo celebrato innanzi al giudice, l'altro, per converso, ad un ritardo dello Stato-amministrazione nel pagamento 'spontaneo'.

E' per questo motivo che nel computo complessivo della durata del processo di cognizione e di esecuzione non va considerato come "tempo processo", quello intercorso tra la definitività della fase di merito e l'inizio di quella esecutiva che potrà essere invece valorizzato quale violazione del diritto alla esecuzione delle decisioni interne esecutive.

La soluzione della Corte sotto tal profilo appare, a ben vedere, obbligata, l'unica possibile nel rispetto della separazione dei poteri dello Stato.

Resta forse solo da riflettere sulla necessità che il Legislatore intervenga sull'intero sistema, riconducendo nell'alveo delle garanzie interne anche il ristoro del pregiudizio cagionato dal ritardo nella esecuzione della decisione favorevole, magari con meccanismi di raccordo con l'indennizzo cd. Pinto, elidendo così il costante ricorso dei privati alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

In limine, resta da chiedersi, infine, se l'affermazione di principio sugli obblighi dello Stato debitore (che benchè effettuata rispetto alla legge Pinto sembra ampiamente poterne valicare i confini) vada esteso, più in generale, a tutte le altre pubbliche amministrazioni.

PARTE SECONDA

QUESTIONI APERTE IN TEMA DI NULLITÀ

VIII) NULLITÀ TESTUALI, NULLITÀ VIRTUALI, NULLITÀ SELETTIVE E NULLITÀ DI PROTEZIONE: PROFILI ANCORA APERTI IN TEMA DI NULLITÀ URBANISTICHE.

(DI VALERIA PIRARI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Nullità virtuali. - 3. Nullità di protezione. - 4. Le nullità urbanistiche: nullità virtuale, nullità virtuale di protezione o nullità di protezione virtuale? 4-a. Premessa. 4-b. Le nullità urbanistiche. Il contrasto tra teoria formale (c.d. nullità testuale) e sostanziale (c.d. nullità virtuale). La soluzione. 4c). Profili problematici: nullità di protezione virtuale e disciplina applicabile.

1. Premessa.

Il sistema delle invalidità negoziali ha subito nel tempo un'importante evoluzione dovuta al proliferare di figure qualificate normativamente col *nomen* nullità, ma aventi caratteristiche non sempre corrispondenti al relativo modello codicistico, al quale si affiancano. Per questo, tali forme di invalidità sono state ricondotte al sintagma "nullità speciali", le quali impongono di accertare, di volta in volta, la loro adattabilità allo statuto tradizionale.

L'esigenza di individuare la normativa applicabile si avverte in modo particolare quando l'invalidità è declinata dal legislatore nella forma della nullità di protezione, la quale mal si presta, in virtù della *ratio* ad essa sottesa, ad essere totalmente incanalata nella rigida bipartizione codicistica della nullità e della annullabilità, ponendosi a cavallo tra i due rimedi.

Non meno arduo è il compito dell'interprete in presenza di norme imperative prive di conseguenze sanzionatorie, previste invece per altre ispirate alla medesima *ratio*, come spesso accade con i precetti unionali che richiedono un adattamento ai principi di Stati differenti, implicando le stesse la preliminare valutazione della stessa configurabilità, in caso di loro violazione, di nullità fondate sul disposto di cui all'art. 1418, comma 1, c.c. (c.d. nullità virtuale).

Nella trasformazione dello strumento invalidatorio, un forte contributo è provenuto certamente dall'internazionalizzazione del diritto privato, conseguente agli interventi eurounitari sul campo, finalizzati dapprima alla rimozione degli ostacoli al mercato interno e alla valorizzazione del principio della libera concorrenza, ai quali si è successivamente accreditata, col Trattato di Lisbona, la formula del perseguimento della economia sociale di mercato (art. 3, par. 3, del

Trattato sull'Unione Europea), in nome della quale sono state moltiplicate le forme di protezione di situazioni di strutturale debolezza contrattuale, da quella dei consumatori a quella delle imprese minori, armonizzando il diritto contrattuale interno in tema di scambio e introducendo appunto la categoria delle nullità di protezione, volte a contrastare, attraverso la disciplina del contenuto minimo dei contratti, le asimmetrie di potere di alcune categorie di contraenti (vedi Freda, Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa; Amadio, Lezioni di diritto civile, seconda edizione, 2016, 169 e segg.). E' del resto in esecuzione della Direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 13 del 5 aprile 1993, con la quale è stato imposto agli Stati membri di adottare una tutela contrattuale minima del consumatore nei confronti del professionista, che la l. n. 52 del 1996 ha dettato la disciplina dei contratti dei consumatori, trasfusa negli artt. 33 e ss. del d.lgs. n. 206 del 2005, intitolato "Codice di consumo".

Può anzi dirsi che è proprio la convergenza tra principi europei, volti all'attuazione del mercato competitivo e trasparente, e principi costituzionali della solidarietà, dell'uguaglianza e del rispetto per la persona umana, volti a rimuovere il sacrificio delle persone più deboli a vantaggio di quelle più forti, ad avere fortemente condizionato e indirizzato, nella gran parte dei casi, gli interventi del legislatore verso una conformazione dell'autonomia privata, nella quale tali principi, permeando l'interesse pubblico, costituiscono, in materia, parametro di valutazione (Polidori, Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali, 2016, 13).

Ed è per questo che, secondo alcuni commentatori (ma non così, come si vedrà, secondo la giurisprudenza di legittimità), la mancata previsione di rimedi a precetti cogenti, spesso imposti dal legislatore comunitario, e il proliferare di previsioni normative speciali imporrebbero un ripensamento dello statuto teorico e concettuale delle nullità, non soltanto per la derivata difficoltà di delineare una categoria unitaria dell'istituto, ma anche per il sostanziale avvenuto sgretolamento dei principi di tipicità della cause di annullabilità del contratto e di inderivabilità della nullità da violazioni di regole di correttezza e buona fede, trascinate, per così dire, nell'alveo del difetto genetico da un rimedio letto in termini non strutturali, ma di sanzione a comportamenti da reprimere, oltreché per la discutibilità della stessa distinzione tra gli istituti della nullità e della annullabilità (in tal senso, D'Amico, Nullità virtuale – Nullità di protezione. Variazioni sulla nullità, in I Contratti, 7/2009, 732 e ss.; Amadio, Lezioni di diritto civile, seconda edizione, 2016, 169 e ss.).

Se, infatti, in caso di nullità virtuali, le maggiori difficoltà si pongono, alla stregua della clausola di salvezza consacrata nell'art. 1418, comma 1, c.c. (*"salvo che la legge disponga diversamente"*), sia in sede di individuazione della natura imperativa

della norma (da intendersi come quella avente carattere proibitivo e finalità di garantire interessi generali, collocabili al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico, secondo quanto sostenuto da Sez. 5, n. 11351 del 2001, Marziale, Rv. 549138-01), sia in sede di discernimento tra ipotesi di illiceità (cui consegue sempre la nullità) e ipotesi di illegalità (cui non consegue sempre la nullità), facendo entrambe riferimento alla contrarietà a norme imperative (perché dettate anche nell'interesse generale, imponendosi inderogabilmente alla volontà dei contraenti, in tal senso Sez. U., n. 26724/2007, Rordorf, Rv. 600329-01) e non essendo queste necessariamente riconducibili, nonostante la loro inderogabilità, al concetto di ordine pubblico (Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 965), nel caso delle nullità previste da leggi speciali, in prevalenza di protezione (specie in tema di tutela del consumatore), come si è detto, si pone il problema della disciplina applicabile, con particolare riferimento alla legittimazione ad agire e alla rilevanza d'ufficio del vizio, e, in certi casi, alle conseguenze che scaturiscono dalla declaratoria di nullità del contratto presupposto rispetto alle operazioni derivanti dallo stesso, quando il soggetto protetto, unico legittimato, faccia valere l'invalidità soltanto rispetto ad alcune di esse (c.d. nullità selettive).

2. Nullità virtuali.

E' stato evidenziato come, nell'ambito delle nullità c.d. virtuali, non siano emerse novità di rilievo, stante l'approccio restrittivo adottato dalla giurisprudenza di legittimità, che ha da tempo frenato il ricorso a quella che è stata definita l'“ipertrofia” dell'impiego di tale rimedio invalidatorio (vedi D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione. Variazioni sulla nullità*, citato, 732 e ss.).

Attraverso l'analisi dei provvedimenti susseguitisi negli anni, ivi compreso quello in rassegna, appare invero evidente come la Suprema corte abbia il più delle volte escluso la configurabilità della nullità, ora negando rilevanza alle norme, pure imperative, concernenti meri comportamenti dei contraenti, ora reputando insufficienti principi genericamente ricavabili dal sistema in una determinata materia.

Pronunciandosi in tema di intermediazione finanziaria, ad esempio, Sez. U., n. 26724/2007, Rordorf, Rv. 600329-01 (in termini Sez. 1, n. 8462/2014, Didone, Rv. 630886-01), ha sostenuto che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, in difetto di espressa previsione, può seguire alla sola violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto (perché relative alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti), ma non anche alla violazione di norme, pure imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti (nella specie, relative ai doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni poste a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione

dei servizi di investimento finanziario *ex art. 6 l. n. 1 del 1991*). Inoltre, se l'invalidità interviene nella fase antecedente o coincidente con la conclusione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro, assimilabile alla figura del mandato), può soltanto essere fonte di responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, mentre, se interviene successivamente in esecuzione dello stesso, con riguardo alle operazioni di investimento o disinvestimento, va ricondotta a responsabilità contrattuale, con conseguente eventuale risoluzione del contratto, ma non può determinare, in mancanza di esplicita previsione normativa, la nullità del c.d. contratto quadro o dei singoli atti negoziali a norma del primo comma dell'art. 1418 c.c. Si è sostenuto, in particolare, che anche quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza, nel contratto, di clausole riguardanti comportamenti contrari al precetto di buona fede o altri inderogabili precetti legali, pure esistenti nella casistica esaminata, la nullità del contratto non è fatta dipendere dal comportamento tenuto in concreto dalla parte, bensì dal tenore della clausola in esso prevista, e che, nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria, non vi sono indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri d'informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti, mentre nessuna indicazione utile potrebbe derivare dalle previsioni contenute nel d.lgs. n. 190 del 2005, in tema di nullità dei contratti di prestazione a distanza dei servizi finanziari, in quanto previsione isolata, con carattere di specialità e tale da non consentire alcuna affermazione di principio. E' stato infine considerato come l'interesse alla tutela del buon funzionamento del mercato, su cui si potrebbe riflettere la correttezza del comportamento degli operatori, sia garantito attraverso il sistema dei controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza e delle sanzioni che ad esso accede, e come il riconoscimento della dedotta nullità virtuale mal si concilierebbe con l'impossibilità di riconoscere ad essa la disciplina della nullità relativa (sul punto, parte della dottrina aveva, invece, sostenuto che la violazione non determinerebbe la nullità del contratto, ma la sua annullabilità per vizio del consenso *ex art. 1427 c.c.* o la responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* o la responsabilità per danni *ex art. 1440 c.c.*). In tal senso Galgano, Trattato di diritto civile, vol. 2, terza edizione, Cedam, 324).

Il medesimo approccio restrittivo è stato tenuto nell'anno in rassegna, come si vedrà, allorché, in tema di nullità c.d. urbanistiche, è stato escluso che dalla nullità c.d. testuale comminata dagli artt. 17 e 40 della l. n. 47 del 1985 e 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 (T.U. dell'Edilizia) possa discendere anche una nullità virtuale *ex art. 1418, comma 1, c.c.* e investire così qualunque negozio avente ad oggetto immobili realizzati in assenza di titolo edilizio o in difformità, totale o

parziale, o in variazione essenziale da esso, anche se contenente le “menzioni” richieste dalle predette norme (**Sez. U., n. 8230/2019, Sambito, Rv. 653283-01**).

Diversamente è accaduto, in verità, con riguardo alla materia locatizia, sia pure coerentemente coi principi espressi nel 2007 circa la necessità che la norma imperativa attenga agli elementi strutturali del negozio perché discenda, dalla sua violazione, un vizio genetico dello stesso, allorquando Sez. U., n. 23601/2017, Travaglino, Rv. 645468-01, ha ravvisato la nullità c.d. virtuale in una fattispecie nella quale era stato registrato un contratto con canone apparente e non reale, sostenendo la nullità e non sanabilità *ex art.* 1423 c.c. del patto aggiunto di maggiorazione del canone, non già o non soltanto per essere stato violato parzialmente nel *quantum* l'obbligo di (integrale) registrazione, ma anche per l'illiceità della causa concreta del negozio (intesa nella più moderna nozione di scopo pratico del negozio), siccome disvelante la finalità di elusione ed evasione fiscale, stante la natura imperativa della norma tributaria, individuata nell'art. 53 Cost., avente portata direttamente precettiva.

3. Nullità di protezione.

Le novità di maggior rilievo si sono invero registrate con riguardo alle nullità c.d. testuali di protezione, riferibili al terzo comma dell'art. 1418 c.c. ed espressamente comminate dalla legge, le quali sono poste a tutela del contraente più debole, oltre a caratterizzarsi per un regime giuridico peculiare e non sempre omogeneo, tale da renderle non sovrapponibili, si è detto, alla categoria della nullità tradizionalmente intesa e da sottrarle agli schematismi che le distinguono dal diverso istituto della annullabilità (Polidori, Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali, 2016, 45).

Molteplici sono le previsioni normative in materia, ora riferite alla violazione di comportamenti imposti dalla legge ai contraenti, anche se non afferenti al contenuto del contratto, come nel caso delle clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori, già previste dall'art. 1469 *quinquies* c.c. (secondo cui “*L'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*”) e abrogate con l'introduzione del d.lgs. n. 206 del 2005 (c.d. Codice del consumo), il cui art. 36, comma 3, stabilisce che la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ora previste dalla legislazione speciale, come in materia di multiproprietà dall'art. 7 del d.lgs. n. 427 del 1998, abrogato e riportato nell'art. 72 *bis* del ridetto Codice del consumo; in materia di vendita di immobile da costruire, dall'art. 2 del d.lgs. n. 122 del 2005 (che sancisce l'obbligo del costruttore di procurare, e consegnare all'acquirente, il rilascio di una fidejussione all'atto della stipula di un contratto riguardante un immobile da costruire, o in momento precedente, a pena di nullità, che può essere

fatta valere soltanto dall'acquirente); in materia di intermediazione finanziaria dagli artt. 23 e 24 del d.lgs. n. 58 del 1998 (T.U. in materia di intermediazione finanziaria) (secondo cui *“i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto a pena di nullità che può essere fatta valere solo dal cliente”*); in materia bancaria dall'art. 124 del d.lgs. n. 385 del 1993 (T.U. bancario) (che prevede la nullità del contratto per difetto di forma *ex art. 117*, commi 1 e 3, rimasti immutati, la quale, ai sensi dell'art. 127, può essere fatta valere solo dal cliente, mentre il contratto può essere modificato solo in senso più favorevole al cliente, disposizione questa modificata dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 141 del 2010, nel senso che la disposizione di cui all'art. 127, comma 4, si è conformata al regime giuridico del Codice del Consumo *ex d.lgs. n.206 del 2005*, secondo cui *“le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice”*, (vedi anche Galgano, Trattato di diritto civile, vol. 2, terza edizione, Cedam, 324), nonché, si ritiene, in materia di nullità c.d. urbanistiche, alla luce della pronuncia delle **Sez. U., n. 8230/2019, Sambito, Rv. 653283-01**.

E' rispetto ad esse che il sistema duale col quale il codice civile atteggia i rimedi dell'invalidità si rivela, secondo parte della dottrina, inadeguato, perché, contemplando i soli due istituti della nullità assoluta (connotata dall'inefficacia iniziale del negozio, dall'azionabilità da parte di qualunque interessato, dalla rilevabilità d'ufficio e dall'imprescrittibilità) e della annullabilità (caratterizzata per contro dall'efficacia iniziale, dalla legittimazione relativa, dalla non rilevabilità d'ufficio e dalla possibile sanabilità attraverso la convalida), non consente di ascrivere la disciplina delle nuove forme di nullità esclusivamente nell'ambito di ciascuno di essi, facendo vacillare, come qualcuno ha detto, la loro stessa distinzione, a dispetto della concezione tradizionale che, intendendola, invece, in modo radicale, aveva revocato in dubbio la riconducibilità delle due figure al medesimo *genus* (D'Amico, Nullità virtuale – Nullità di protezione. Variazioni sulla nullità, cit., 732 e ss.). Per contro, la giurisprudenza di legittimità è ormai pacificamente orientata nel senso di far rientrare le nullità di protezione nell'alveo delle nullità relative, alla cui disciplina, in assenza di diverse determinazioni normative, soggiacciono, mentre è stata del tutto esclusa l'estensibilità ad esse dello statuto proprio dell'annullamento (cfr da ultimo **Sez. 2, n. 30555/2019, Criscuolo, Rv. 656208-01**).

In proposito, può ormai ritenersi pacificamente risolto, nel senso della sua riserva in favore del solo contraente debole, il problema della legittimazione all'azione, costituente anzi, secondo **Sez. U., n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01**, il tratto unificante delle nullità di protezione, in quanto desumibile dalla regola contenuta nell'art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 206 del 2005 (c.d. Codice del consumo) (secondo cui *“la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore”*),

che ne esprime le conseguenze sostanziali, mentre lo spunto normativo è stato individuato dai commentatori nella disposizione codicistica di cui all'art. 1421 c.c. e, in particolare, nella clausola in essa contenuta che, facendo “*salve diverse disposizioni di legge*”, consente di superare il criterio generale che attribuisce la legittimazione a qualunque interessato, ponendosi con esso ormai in rapporto di specialità, più che di eccezionalità alla regola, in ragione della molteplicità di fattispecie che vi si riferiscono, e confortando l'opinione di quanti hanno ritenuto che il rimedio in questione si ponga a cavallo tra la nullità classica (con riguardo al rilievo officioso) e l'annullabilità (con riguardo alla legittimazione limitata), sia pure mitigata dal mantenimento degli aspetti della imprescrittibilità dell'azione *ex* art. 1422 c.c. e dei limiti al potere di convalida (si veda su quest'ultimo istituto, da ultimo, **Sez. 2, n. 30555/2019, Criscuolo, Rv. 656208-01**, citata, secondo cui, in assenza di diverse determinazioni nella normativa speciale, opera il disposto di cui all'art. 1423 c.c.). Con specifico riferimento a questi ultimi istituti, è stato anzi sostenuto che il ricorso agli stessi, in punto di disciplina, sia coerente con le esigenze di tutela del contraente debole che, a differenza di quanto accade nei casi di annullabilità (nei quali l'esigenza di protezione di uno dei contraenti nasce da perturbazioni occasionali e contingenti), si caratterizzano per la presenza di uno squilibrio strutturale, nel quale un soggetto fa valere sul contraente la sua posizione preminente sul mercato (Polidori, Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali, 2016, 17-19).

Con specifico riferimento alla convalida, se vi è chi ha sostenuto la sua incompatibilità con l'istituto della nullità relativa, perché in contrasto con le esigenze di tutela della parte debole, che potrebbe subire pressioni in tal senso dalla controparte, e perché la convalidabilità renderebbe l'istituto del tutto assimilabile all'annullamento, indipendentemente dal *nomen iuris* impresso dal legislatore (A. Gentili, Le invalidità, in I contratti in generale, II, Trattato dei contratti, diretto da Rescigno, 2 edizione, Torino, 2006, 1593), non è mancato chi, evidenziando per contro l'esistenza di casi di annullabilità soggetti a convalida, pur esposti al condizionamento psicologico della parte debole, e l'assenza del pericolo di osmosi con l'istituto dell'annullabilità, essendo la nullità imprescrittibile e rilevabile d'ufficio, ha escluso che sussista un parallelismo tra legittimazione riservata e sanabilità ovvero tra legittimazione allargata e inammissibilità della convalida, derivando invece la convalidabilità o meno di un contratto dalla *ratio* della patologia, sì da essere esclusa soltanto quando riposi sulla necessità di rimediare ad un grave squilibrio, il cui mantenimento urterebbe contro principi fondamentali, sottratti alla disponibilità dello stesso contraente protetto, come nel caso della fattispecie di cui all'art. 36 del Codice del consumo (Polidori, Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali, 2016, 38). Altro Autore, invece,

ha affermato l'esistenza di una correlazione tra legittimazione riservata e convalidabilità, sostenendo che questa, nelle nullità di protezione, operi in modo affatto differente rispetto alla previsione di cui all'art. 1444 c.c. in tema di annullamento (nella quale la convalida rende stabili e permanenti effetti che il contratto ha già prodotto), in quanto consente al contratto di produrre quegli effetti che originariamente non era idoneo a produrre (in tal senso D'Amico, Nullità virtuale – Nullità di protezione. Variazioni sulla nullità, in *I Contratti*, 7/2009, 742).

In proposito, la giurisprudenza di legittimità, per stabilire la convalidabilità o meno di una nullità di protezione, si è affidata, coerentemente con la divisata natura di nullità dell'istituto in esame, al principio consacrato nell'art. 1424 c.c., che ammette la convalida dell'atto nullo soltanto se la legge disponga in tal senso. In linea con tale impostazione, è stato così escluso che possa considerarsi “conferma tacita” della nullità il rilascio tardivo della fidejussione imposta dall'art. 2 della l. n. 122 del 2005 contestualmente all'atto dispositivo di un fabbricato in via di costruzione, non soltanto perché il potere confermatario spetta, astrattamente, al solo destinatario della tutela (l'acquirente, appunto) e non anche alla sua controparte contrattuale, ma anche perché la legislazione speciale non prevede la convalidabilità della sancita nullità (in tal senso, **Sez. 2, n. 30555/2019, Criscuolo, Rv. 656208-01**), o che possa ravvisarsi una ratifica tacita dell'acquisto di titoli, non autorizzati dal cliente, nella mancata contestazione dei rendiconti periodicamente inviati e nell'ordine impartito di trasferire tutti i titoli sul conto deposito ordinario, in quanto sarebbe intimamente contraddittorio ammettere la possibilità di rimediare alla violazione del requisito di forma, posto dalla legge a presidio della tutela del contraente debole, attraverso atti privi di forma scritta (nella specie, si trattava di contratti di gestione patrimoniale) (in tal senso, Sez. 1, n. 3623/2016, Nazzicone, Rv. 638841-01), mentre è stato qualificato come convalida della nullità dell'atto dispositivo di bene immobile privo delle c.d. menzioni urbanistiche, l'istituto della conferma, espressamente previsto, invece, dagli artt. 17, comma 4, e 40, comma 3, l. n. 47 del 1985, e 46, comma 4, d.P.R. n. 380 del 2001 (in tal senso **Sez. U. n. 8230/2019, Sambito, Rv. 653283-01**).

Oltre alla legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio, il rilievo officioso delle nullità in esame, esplicitato nella regola normativa di cui al ridetto art. 36, comma 3, del Codice del consumo, secondo cui “*La nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice*”, è stato reputato generalmente applicabile a tutte le tipologie di contratti nei quali è previsto tale regime di protezione in favore del cliente, anche quando non espressamente previsto dalle singole disposizioni (ad esempio, non ne fa menzione l'art. 23 T.U.F.), costituendo ormai *ius receptum*, in quanto definitivamente sancito, in sintonia con i principi eurounitari sul punto, da

Sez. U., n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633503-01, sul presupposto della sua funzionalità alla tutela di interessi anche di rilievo costituzionale, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.), e ulteriormente ribadito, nell'anno in rassegna, da **Sez. U., n. 28341/2019, Acierno, Rv. 655800-01**.

E a tale conclusione si è giunti sconfessando chiaramente l'assunto dottrinale secondo cui le nullità speciali hanno fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942, in quanto, come sostenuto dalla citata Sez. U., n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633503-01, pur nella consapevolezza dell'inevitabile trasformazione dell'istituto delle nullità in uno specifico presidio di specifici soggetti attraverso la sempre più frequente introduzione di figure di invalidità c.d. relative, le diverse vicende di nullità negoziale non hanno perso l'essenza della predetta categoria, benché connotate dal carattere della specialità, ma possono essere ricostruite in termini e in rapporti di *genus a species*, siccome sintesi di elementi eterogenei anche di interesse generale, come quello all'esercizio corretto, ordinato e ragionevole dell'autonomia privata, al rispetto di alcuni principi cardine (quali, tra gli altri, la buona fede, la tutela del contraente debole, la parità di condizioni quantomeno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) e al complessivo equilibrio contrattuale (in materia consumeristica si discorre, infatti, di ordine pubblico di protezione), per il cui perseguimento diventa essenziale il rilievo officioso.

Un ulteriore profilo problematico, proprio del regime delle nullità di protezione, è, infine, quello in cui venga in rilievo la nullità di singole clausole e non dell'intero contratto o delle operazioni realizzate in esecuzione di un contratto-quadro affetto da nullità (c.d. nullità selettive), siccome strettamente correlato alla legittimazione esclusiva del contraente protetto e ai limiti al suo esercizio, nonché al mancato riconoscimento di legittimazione in capo alla sua controparte contrattuale. In tal caso, potrebbero infatti venire in gioco quelle regole di comportamento, da intendersi come regole di buona fede e di correttezza, che, pur non valevoli a permeare in negativo la fattispecie negoziale, inserendosi come vizio genetico e facendone derivare l'invalidità, possono nondimeno costituire un argine all'uso distorto della funzione protettiva propria delle nullità, apportando un correttivo ai relativi effetti.

Questo tema è stato affrontato, nell'anno in rassegna, dalla citata **Sez. U., n. 28341/2019, Acierno, Rv. 655800-01**, allorché, con specifico riguardo ai contratti di investimento, si è interrogata sulla legittimità e liceità dello strumento delle nullità c.d. selettive, conseguenti alla conformazione bifasica dell'impegno assunto, in tali casi, dalle parti e alla legittimazione ad agire riservata al solo investitore, a cui vantaggio esclusivo operano gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento,

partendo dalla considerazione secondo cui il requisito di forma previsto, in chiave funzionale, per il contratto-quadro intende rimediare allo squilibrio di carattere prevalentemente informativo-conoscitivo esistente tra i contraenti in ragione dell'elevato grado di competenza tecnica richiesta nell'ambito degli investimenti finanziari, senza investire la prevista sanzione invalidante anche gli obblighi informativi dell'intermediario che incidono, invece, sul suo adempimento. Tale meccanismo, si è detto, è governato dal principio della buona fede e correttezza contrattuale, sostenuto dai principi solidaristici di matrice costituzionale, il quale opera trasversalmente sia in favore dell'investitore - attraverso la predeterminazione legislativa della nullità e di un rigido sistema di obblighi informativi - sia in favore dell'intermediario - attraverso gli obblighi di lealtà cui l'investitore è tenuto in funzione di garanzia dello stesso.

Il principio di buona fede, che connota bilateralmente l'intero rapporto, incide dunque anche sull'uso selettivo delle nullità di protezione, impedendo che l'esercizio dell'azione di nullità, se finalizzato a colpire gli investimenti non redditizi, possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale è stato introdotto lo strumento di tutela, e paralizzandone l'operatività.

Se dunque, si è concluso, l'uso selettivo della nullità di protezione non viola in sé il principio di buona fede, benché la legittimazione a farla valere spetti unicamente all'investitore, sia con riguardo al contratto-quadro, sia con riguardo alle singole operazioni che ne sono conseguite, diversamente accade ove si accerti che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*, potendo in tal caso l'intermediario opporre l'eccezione di buona fede al fine di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati e scongiurare un ingiustificato sacrificio economico per sé.

Oltre ad arginare gli effetti della legittimazione riservata in caso di nullità c.d. selettiva, il principio della buona fede è stato visto dalla Suprema Corte anche come correttivo all'operatività degli istituti dell'imprescrittibilità e dell'inconvalidabilità (salva diversa previsione normativa) propri delle nullità.

Prendendo in esame il caso dell'azione di nullità esercitata dall'acquirente di bene immobile da costruire in ragione del mancato rilascio della fidejussione all'atto della stipula del contratto preliminare di trasferimento, concessa soltanto in data successiva, in violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 122 del 2005, **Sez. 2, n. 30555/2019, Criscuolo, Rv. 656208-01**, constatato che non si era manifestata nella specie alcuna insolvenza del venditore nel lasso di tempo intercorrente tra la conclusione del preliminare e il rilascio tardivo della garanzia e che nel frattempo il compratore aveva anzi conseguito la proprietà del fabbricato, ultimato e agibile, ha

ritenuto che la domanda di nullità, in assenza di pregiudizio per l'interesse del promissario acquirente alla cui tutela è preposta (in quanto volta a preservarne l'interesse al recupero delle eventuali somme versate in favore del venditore, in vista del pericolo di insolvenza di quest'ultimo), avesse realizzato un abuso del diritto, perché esercitata per finalità diverse da quelle consentite dall'ordinamento, in violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza, costituente autonomo dovere giuridico, in quanto espressione di un generale principio di solidarietà sociale pacificamente costituzionalizzato.

In sostanza, l'obbligo di buona fede è servito per limitare l'uso improprio della nullità di protezione, evitando che l'applicazione rigorosa della relativa disciplina possa realizzare un uso distorto del diritto assegnato all'acquirente, perché disfunzionale rispetto al fine di protezione perseguito sia con riguardo allo specifico interesse dello stesso, quale contraente debole, sia a quello generale e di sistema, e uno sfruttamento opportunistico della normativa, con sacrificio dell'interesse del costruttore e della successiva circolazione immobiliare.

4. Le nullità urbanistiche: nullità virtuale, nullità virtuale di protezione o nullità di protezione virtuale?

4-a. Premessa.

La dottrina si è più volte interrogata su cosa accada se si sia in presenza di una nullità testuale che sia priva di specifica disciplina e per la quale si ponga il dubbio se debbano trovare applicazione le norme generali previste dal codice civile (in termini di legittimazione, prescrizione, rilievo officioso, sanatoria) ovvero la disciplina delle nullità di protezione prevista in casi analoghi, non essendo virtuale la nullità in sé, in quanto comminata normativamente, bensì il suo carattere protettivo (c.d. nullità di protezione virtuale).

Questo caso è del tutto diverso da quello, già affrontato (con riguardo alla materia locatizia), della c.d. nullità virtuale di protezione, la quale si caratterizza, come si è detto, per la presenza di una norma imperativa priva di rimedio sanzionatorio, che invoca l'intervento dell'interprete, una prima volta, per accertare se dal contrasto con tale norma derivi la nullità o altro rimedio o nessun rimedio e, una seconda volta, per individuarne la disciplina.

4-b. Le nullità urbanistiche. Il contrasto tra teoria formale (c.d. nullità testuale) e sostanziale (c.d. nullità virtuale). La soluzione.

A ben vedere il dilemma della sussistenza o meno di una nullità c.d. virtuale, quale conseguente rimedio, non espressamente comminato, alla violazione delle norme previste in materia edilizia, ha connotato l'annoso problema della natura delle c.d. nullità urbanistiche, venuto alla luce all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 47 del 1985, allorquando è stata sancita la nullità degli atti tra vivi aventi

ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali relativi ad edifici o loro parti, la cui edificazione sia iniziata dopo l'entrata in vigore della legge (art. 17, comma 2), e di quelli aventi ad oggetto diritti reali relativi ad edifici o loro parti la cui edificazione sia iniziata in data antecedente al 17 marzo 1985 (art. 40, comma 1), quando da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o di quella in sanatoria *ex* art. 13 ovvero gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'articolo 31 (condono in senso stretto) ovvero se agli atti stessi non venga allegata copia conforme della relativa domanda, corredata della prova dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione, ovvero non venga prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, attestante che l'opera risulti iniziata in data anteriore al 2 settembre 1967, nullità peraltro riaffermata anche con il d.lgs. n. 380 del 2001 (c.d. Testo unico dell'edilizia), che, abrogando il disposto di cui al citato art. 17, ne ha riprodotto il contenuto all'art. 46, in termini sostanzialmente analoghi.

Sebbene la correlazione della validità del negozio alla regolarità urbanistica del bene che ne è oggetto non fosse nuova nel nostro ordinamento, in quanto già prevista dall'art. 15 della l. 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi) e, prima ancora, dall'art. 10 della l. 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge ponte), che sanzionavano con la nullità, rispettivamente, gli atti giuridici aventi ad oggetto unità edilizie edificate in assenza di concessione e gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale, a condizione però, in entrambi i casi, che dall'atto non risultasse che l'acquirente era a conoscenza, rispettivamente, dell'assenza della concessione o di una lottizzazione non autorizzata, la disposizione di cui alla l. n. 47 del 1985 fu salutata dalla dottrina come una vera innovazione rispetto al passato, non soltanto perché l'invalidità fu ancorata non più al bene abusivo dell'atto giuridico, come con la legge Bucalossi, ma al suo trasferimento, colpendosi con essa gli effetti dell'atto di disposizione, e non soltanto perché il suo ambito applicativo fu circoscritto ad alcune tipologie di negozi, mentre prima era esteso genericamente agli atti giuridici, ma soprattutto perché sparì qualsiasi riferimento alla necessaria indicazione, in atto, della conoscenza, da parte dell'acquirente, dell'irregolarità urbanistica del bene che ne era oggetto.

Se, perciò, le invalidità previste dalle precedenti disposizioni sembrava fossero prevalentemente finalizzate a tutelare l'affidamento dell'acquirente e il suo interesse a liberarsi di un vincolo deludente, ciò che indusse una parte della dottrina a ravvisarvi proprio una nullità di protezione, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 47, i primi commentatori furono concordi nel ritenere che la *ratio legis* della nuova sanzione civilistica della nullità andasse ricercata non soltanto nell'esigenza, già conosciuta, di tutelare l'interesse privato dell'acquirente,

garantendone l'affidamento attraverso la conoscenza della regolarità urbanistica del bene oggetto della compravendita (c.d. funzione informativa), ma anche nell'interesse pubblico a disincentivare l'abusivismo edilizio, impedendo a colui che avesse violato la normativa urbanistica, di trarre vantaggio dalla condotta antigiusuristica posta in essere, siccome impossibilitato alla menzione degli estremi di un titolo abilitativo mancante (c.d. funzione preventiva), ragione questa considerata del tutto nuova perché correlata all'esigenza, ad essa sottesa, di tutela dell'interesse pubblico all'ordinato assetto e allo sviluppo urbanistico del territorio.

Ed è proprio sulla base di questo duplice fondamento che, in merito alla nullità c.d. urbanistica, si sono delineate le due teorie della natura "formale" e "sostanziale" della sanzione, a seconda che si ritenesse di voler maggiormente valorizzare l'una o l'altra esigenza.

In particolare, mentre la dottrina minoritaria e la giurisprudenza di legittimità, quantomeno fino al 2013, era concorde nel ritenere che il legislatore del 1985 non avesse apportato alcuna modifica alla natura della nullità sancita dall'art. 15, l. n. 10 del 1977 (c.d. legge Bucalossi), ma, in continuità col passato, avesse inteso tutelare prioritariamente l'interesse privatistico dell'acquirente ad ottenere l'informazione sulla regolarità urbanistica del bene oggetto dell'atto, con la conseguenza che sarebbe stato sufficiente inserirvi la dichiarazione (ossia il titolo autorizzativo) per scongiurare la sua invalidità, restando invece indifferente, a tali fini, la sua mendacità, la dottrina maggioritaria si orientò invece nel senso che si dovesse dare prevalenza alla funzione c.d. "preventiva" della sanzione, sicché non sarebbe stato sufficiente, per evitare la nullità, inserirvi la dichiarazione sul titolo abilitativo, ma sarebbe stata altrettanto necessaria la corrispondenza a verità di quella indicazione, ossia l'effettiva regolarità urbanistica del bene.

Da una parte dunque, i sostenitori della natura formale della sanzione (per tutti, A. Fici, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in NGCC 1988- parte prima; Alpa, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge di condono edilizio*, in Riv. Giur. Ed., 1986, II, 94) privilegiarono l'interpretazione letterale della norma, affermando che quella prevista fosse una nullità assoluta, testuale e documentale e non virtuale, derivante da un difetto nella speciale determinazione giuridica del bene contrattato, richiesta dalla legge, con riguardo ai riferimenti utili per la sua qualificazione e attestanti la sua idoneità alla circolazione nel traffico giuridico. Si sostenne altresì che la nullità fosse finalizzata alla creazione di un affidamento in favore dell'acquirente circa la realizzabilità del programma negoziale (secondo valutazioni equitative e di buona fede) e fosse riconducibile, secondo alcuni, al comma terzo, dell'art. 1418 c.c. (*"il contratto è nullo negli altri casi stabiliti dalla legge"*), e non al comma primo (norme imperative) o al comma secondo (requisiti) del medesimo articolo, e secondo altri alla complessiva

logica del sistema, e che il legislatore, nel sanzionare con la nullità l'omessa menzione, per dichiarazione dell'alienante, degli estremi della concessione ad edificare o in sanatoria, avesse elevato a requisito formale la presenza nell'atto di alcune dichiarazioni, decretandone l'invalidità quale conseguenza della loro assenza e indipendentemente dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto. E si ritenne che tali considerazioni trovassero riscontro nella, altrimenti incongrua, scelta legislativa di limitare la nullità ad alcuni atti, esonerandone altri come la locazione, e nello stesso istituto della conferma di cui agli artt. 17, comma 4, e 40, comma 3, l. n. 47 del 1985 (ripresa negli stessi termini dall'art. 46, comma 4, T.U.E.), visto da alcuni come rispondente all'esigenza di un recupero postumo della veridicità della regolarità urbanistica del bene, non attestata nell'atto, attraverso una successiva dichiarazione unilaterale, da altri come un'emenda ad un vizio di forma finalizzato a reimmettere nel commercio un bene urbanisticamente regolare e da altri ancora come un'integrazione funzionale alla maggiore determinazione dell'oggetto del negozio. In virtù di tale interpretazione, dunque, se la legittimazione ad agire sarebbe stata da riconoscere anche in capo all'alienante (che però sarebbe chiamato a rispondere dei danni ai sensi dell'art. 1338 c.c.) e l'imprescrittibilità della relativa azione sarebbe stata mitigata dai limiti alla retroattività della dichiarazione correlati agli effetti della c.d. pubblicità sanante, ovvero conseguenti alla usucapione ventennale, i casi di abusivismo meno grave rispetto a quelli caratterizzati dall'assenza di concessione, come in caso di varianti o di difformità, sarebbero stati estranei al vizio genetico, stante l'espresso richiamo normativo alla sola menzione della concessione e di quella in sanatoria come alternative (perché separate dalla disgiuntiva "o"), sì da dover quest'ultima essere menzionata soltanto in assenza della prima e dunque in presenza di un abusivismo totale.

Analogamente, il più risalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, peraltro anche recentemente confermato, si collocò in tale direzione, sostenendo che la sanzione prevista dagli artt. 17 e 40 avesse il carattere di nullità assoluta, formale, testuale e documentale, in quanto derivante semplicemente dalla mancata indicazione nell'atto, da parte dell'alienante, degli estremi del titolo edilizio o di quello in sanatoria, per la quale nessuna indagine si sarebbe dovuta svolgere né sulla reale esistenza del titolo menzionato o sulla reale conformità urbanistica del bene, rilevante soltanto ai fini della conferma, né sul carattere imperativo e di ordine pubblico del precetto ad essa sotteso, altrimenti necessaria in caso di nullità c.d. virtuale, e che fosse riconducibile alla fattispecie prevista nell'ultimo comma dell'art. 1418 c.c., insuscettibile perciò di interpretazione estensiva e inapplicabile ai contratti con effetti obbligatori, in quanto non in linea con la *ratio* ad esse sottesa, ravvisabile nell'interesse a prevenire l'abusivismo edilizio, senza però

assoggettare le esigenze economiche della produzione edilizia ai tempi richiesti da eventuali preventivi controlli e senza rinunciare, al contempo, all'adozione, da parte delle preposte autorità, di provvedimenti sanzionatori diversi da quelli civilistici, essendo stato detto interesse soddisfatto richiamando l'attenzione dell'acquirente, la cui buona o mala fede sarebbe rimasta irrilevante, sulla necessità di accertare la regolarità del bene attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella progettuale consacrata nella licenza/concessione (per tutte, Sez. 2, n. 8685 del 1999, Orestano, Rv. 529350-01; Sez. 2, n. 14025 del 1999, Settimj, Rv. 532171-01; Sez. 2, n. 8147/2000, Del Core, Rv. 537619-01; Sez. 2, n. 5068 del 2001, Napoletano, Rv. 545604-01; Sez. 2, n. 630 del 2003, Goldoni, Rv. 559824-01; Sez. 2, n. 7534 del 2004, Colarusso, Rv. 572193-01; Sez. 2, n. 9647/2006, Ebner, Rv. 590417-01; Sez. 2, n. 16876/2013, Scalisi, Rv. 627087-01; Sez. 2, n. 14804/2017, Varrone, Rv. 644670-01), mentre l'alienazione dei beni immobili affetti da irregolarità urbanistiche non sanabili o non sanate avrebbe riguardato il solo ambito dell'esecuzione/inadempimento del negozio con esclusione della fase genetica (tra le tante, Sez. 2, n. 6036/1995, Finocchiaro, Rv. 101744-01; Sez. 2, n. 5898/2004, Mazziotti Di Celso, Rv. 571492-01; Sez. 2, n. 27129/2006, Bucciante, Rv. 594838-01).

Per contro, la dottrina prevalente (per tutti, Luminoso, I nuovi regimi di circolazione giuridica degli edifici, dei terreni e degli spazi a parcheggio - Prime impressioni sulla legge 28 febbraio 1985, n. 47, cit., 326, 332; Luminoso, La Compravendita, Corso di diritto civile, Giappichelli Editore, 2011, 77; Giussani, Irregolarità urbanistiche e invalidità del contratto, nota di commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 23591/2013, in NGCC 2014 - parte prima, 190; Barralis-Ferrero-Podetti, Prime considerazioni sulla commerciabilità degli immobili dopo la l. 28 febbraio 1985, n. 47, in Riv. notar., 1985, I, 521-525, Cataudella, Nullità formali e nullità sostanziali nella normativa sul condono edilizio, in Quadrimestre, 1986, 497- 500), dopo essersi chiesta se, pur essendo assolto l'onere formale richiesto dalla legge, fosse comunque affetto da nullità anche l'atto che contenesse menzioni "urbanistiche" mendaci (postulanti evidentemente l'irregolarità urbanistica dell'immobile che ne è oggetto) e, una volta equiparata la dichiarazione falsa a quella inesistente, se potesse definirsi sostanzialmente menzognera, altresì, la dichiarazione relativa ad un titolo edilizio il quale attenesse a un fabbricato realizzato in totale difformità da essa, stante la diversità del bene negoziato rispetto a quanto assentito, ritenne che, accanto alla nullità c.d. testuale, fosse ravvisabile anche una nullità virtuale, correlata alle ipotesi in cui il bene oggetto del negozio fosse stato edificato in difformità (totale o parziale) e, secondo alcuni, con variazione essenziale, dal titolo edilizio in esso menzionato.

A fondamento di tali assunti si ritenne di valorizzare, infatti, la finalità, perseguita dal legislatore del 1985, di tutelare non solo l'acquirente, ma anche, in funzione preventivo-repressiva, l'interesse pubblico pregiudicato dall'abusivismo urbanistico, colpendo anche sul piano privatistico, come pure su quello amministrativo (con la demolizione o l'acquisizione del bene alla mano pubblica) e penalistico (con la previsione di arresto e ammenda), gli abusi edilizi e urbanistici in sé e per sé considerati e sottraendo così la proprietà all'autonomia negoziale, conformandola e imprimendo agli immobili la qualità di beni in senso giuridico, suscettibili, in quanto tale, di costituire oggetto di diritti e negozi.

Tra le motivazioni poste a sostegno di tale orientamento, che sarebbe stato poi percepito dalla giurisprudenza di legittimità soltanto nel 2013, vi furono alcuni che sostennero l'illegittimità dei negozi relativi a beni abusivi in quanto aventi oggetto impossibile o illecito ovvero causa contrastante con norme imperative, ordine pubblico e buon costume, *ex* art. 1418, comma 2, c.c., e altri che ancorarono l'invalidità a principi immanenti nell'ordinamento e a esigenze di coerenza sistematica, valorizzando per un verso il disvalore attribuito dall'ordinamento alle pratiche edilizie abusive e correlando, per altro verso, la nullità alle sanzioni penali e amministrative previste per i casi non solo di difetto assoluto di concessione, ma anche di totale difformità da essa (equiparabili ai primi), e, secondo la tesi più rigorosa, anche per quelli di parziale difformità e variazione essenziale.

Ed è in questi termini che la giurisprudenza più recente si è orientata, allorché ha sostenuto che la nullità in esame avesse natura sostanziale, perché rivolta a sanzionare gli atti aventi ad oggetto beni irregolari dal punto di vista edilizio (ivi compresi i contratti preliminari, stante la contrarietà a legge del relativo oggetto), sia sulla base di considerazioni logiche, legate all'incongruità dell'approccio formale col fine perseguito dalla norma che, inasprendo il regime previsto dalla legge n. 10 del 1977, art. 15, aveva reso incommerciabili beni non in regola dal punto di vista urbanistico, sia sulla base della stessa lettera dell'art. 40, comma 2, della l. n. 47, il quale, pur nella sua non perfetta formulazione, oltre ad affermare la rilevanza delle nullità di carattere formale, conteneva il principio della nullità degli atti di trasferimento di immobili irregolari, come indirettamente avvalorato dall'istituto della conferma del contratto di cui al comma 3 dell'art. 40, postulante la validità *ab origine* dello stesso (in questi termini, Sez. 2, n. 23591, Parziale, Rv. 628025-01; Sez. 2, n. 25811/2014, Triola, Rv. 633640-01).

Questo orientamento, a ben vedere, non è altro che un'applicazione concreta dell'istituto delle nullità c.d. virtuali di cui si è detto, perché fondato sulla ravvisata natura imperativa di una norma, quella che vieta lo sfruttamento del territorio in violazione delle disposizioni poste a suo presidio, dalla cui inosservanza viene fatta discendere, in via ermeneutica, un'invalidità negoziale, in applicazione analogica

del sistema di sanzioni, civili, penali e amministrative, espressamente sancito a presidio dell'interesse dell'ordinamento all'ordinato assetto del territorio. Se poi si ravvisasse, quale ulteriore finalità perseguita, anche quella di tutelare il diritto dell'acquirente, inteso come contraente debole perché ignaro, ad essere informato sulla condizione urbanistica del bene e a non acquisirne uno non a norma, sì da essere soggetto, in quanto tale, all'eventuale demolizione o acquisizione alla mano pubblica dello stesso, la ravvisata nullità virtuale acquisirebbe l'ulteriore connotazione di nullità di protezione, assumendo i caratteri di una nullità virtuale di protezione.

Il contrasto, non diacronico, venutosi a creare, è stato risolto, come detto, da **Sez. U. n. 8230/2019, Sambito, Rv. 653283-01**, che ha aderito alla prima opzione, sostenendo la natura formale della nullità, pur con l'importante precisazione della necessità della veridicità del titolo menzionato nell'atto e della sua riferibilità all'immobile.

A sostegno di questa tesi, si è fatto ricorso, in linea con le indicazioni contenute nell'art. 12, comma 1, delle Preleggi, che non consente all'interprete di modificare il significato tecnico-giuridico delle espressioni che lo compongono, ove si ritenga che l'effetto che ne deriva sia inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è sottesa, sia al dato letterale delle norme esaminate, che connettono la nullità e l'impossibilità della stipula esclusivamente all'assenza della dichiarazione o allegazione *ex art. 40*, sia al dato teleologico, da individuarsi soltanto in esito all'esegesi del testo esaminando e non in funzione di finalità ispiratrici del complesso normativo in cui esso è inserito.

E' stato poi evidenziato come l'intento perseguito dall'interpretazione sostanzialista, di supportare anche in ambito civilistico il disvalore espresso dall'ordinamento nei confronti del diffuso fenomeno dell'abusivismo edilizio, sia sconfessato dall'essere stata la nullità comminata soltanto con riguardo a specifici atti ad effetti reali *inter vivos*, con esclusione invece di quelli *mortis causa*, di quelli ad effetti obbligatori, di quelli riguardanti diritti reali di garanzia e di servitù e di quelli derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali, e come lo stesso istituto della conferma, e l'atto aggiuntivo che la contiene, presuppongano la sussistenza del titolo e della documentazione, senza implicare, altresì, l'effettiva corrispondenza al suo contenuto dell'edificio oggetto del negozio.

E' stato inoltre chiarito che la sanzione in esame non possa essere sussunta nell'orbita della nullità c.d. virtuale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c., la quale presupporrebbe l'esistenza di una norma imperativa e il generale divieto di stipulazione di atti aventi ad oggetto immobili abusivi al fine di renderli giuridicamente inutilizzabili, in quanto non riscontrata in seno allo *ius positum*, e neppure nell'ambito della nullità di cui al comma 2, dell'art. 1418 citato, per

illiceità o impossibilità dell'oggetto o per illiceità della prestazione o della causa per contrarietà a norme imperative o al buon costume, stante l'esclusione di alcune tipologie di atti (quelli sopra richiamati) dal suo ambito applicativo e l'estraneità dell'oggetto e della causa della compravendita, costituiti rispettivamente dal trasferimento della proprietà della *res* e dallo scambio cosa contro prezzo, dall'illiceità dell'attività di produzione del bene ivi contemplato.

Alla stregua di tali considerazioni, le Sezioni Unite della S.C. hanno dunque ritenuto che la nullità urbanistica costituisca una specifica declinazione del comma 3 dell'art. 1418 c.c., da definirsi come testuale in quanto volta a colpire gli atti in essa menzionati, e sia insuscettibile, in quanto tale, di applicazione estensiva o analogica, ma soggetta a stretta interpretazione, sebbene con la precisazione che il titolo menzionato nell'atto non soltanto debba realmente esistere, così come veridica deve essere la dichiarazione, ma debba altresì riferirsi all'immobile oggetto dell'atto, sia in quanto verrebbe altrimenti svuotata di significato la previsione della conferma di cui agli artt. 46, comma 4, del d.P.R. n. 380 del 2001, e 17, comma 4, e 40, comma 3, della l. n. 47 del 1985 (possibile soltanto in caso di omessa menzione non dipesa da insussistenza del titolo) e la stessa finalità perseguita dal legislatore di limitare le transazioni relative a immobili abusivi, sia in quanto verrebbe vanificata la valenza essenzialmente informativa nei confronti della parte acquirente propria della dichiarazione, richiedente la concreta riferibilità del titolo all'immobile oggetto dell'atto.

Ad avviso della Corte dunque, perde di significato la necessità di distinguere tra difformità totale o parziale o tra variazione essenziale o non essenziale del manufatto realizzato rispetto al titolo abilitativo, in quanto, a differenza di quanto avverrebbe in caso di configurabilità della nullità sostanziale, non rileverebbe al fine di definire l'ambito della nullità del contratto, anche in considerazione della moltiplicazione dei titoli abilitativi previsti in riferimento all'attività edilizia da eseguire e della conseguente indeterminatezza del sistema delle nullità, che verrebbe affidato a gradazioni di irregolarità urbanistica difficilmente identificabili e sostanzialmente lasciate all'arbitrio dell'interprete.

4-c. Profili problematici: nullità di protezione virtuale e disciplina applicabile.

Se però la divisata *ratio* sottesa alla nullità urbanistica è prevalentemente volta alla tutela degli interessi del solo acquirente, siccome finalizzata a renderlo edotto della condizione urbanistica del bene, richiamando la sua attenzione sul punto attraverso l'assolvimento, da parte dell'alienante (con le c.d. menzioni urbanistiche), dell'obbligo informativo e consentendogli di provvedere alle opportune verifiche relative, vi è da chiedersi se tale rimedio non possa

considerarsi come nullità di protezione, al pari di quella prevista per le altre fattispecie contrattuali sopra esaminate. E se così fosse, ci si dovrebbe ulteriormente domandare se la relativa disciplina non vada rimeditata alla luce dei recenti arresti in tema di nullità di protezione, specie con riguardo alla legittimazione all'azione, potendosi invece considerare pacificamente applicabili i principi della imprescrittibilità (da sottoporre eventualmente ai correttivi della buona fede e della correttezza), della rilevabilità d'ufficio (stante l'indiretto perseguimento dell'interesse pubblico a scongiurare la pratica dell'abuso edilizio) e della convalida, stante l'espressa qualificazione in tal senso, da **Sez. U. n. 8230/2019**, dell'istituto della conferma.

In sostanza, il problema che si pone è quello di stabilire se esista e sia configurabile una nullità di protezione virtuale, di cui, sembra, sussistono tutti gli ingredienti: dalla finalità protettiva degli interessi del solo acquirente, alla previsione normativa della nullità c.d. testuale, dalla mancanza di positive indicazioni sulle esigenze di tutela della parte acquirente, all'assenza di una specifica disciplina cui assoggettarla.

In tema di nullità di protezione virtuale, la dottrina si è espressa, chiedendosi se, in assenza di testuale restrizione della legittimazione, la nullità sarebbe sempre da considerare assoluta, a prescindere da ogni indagine sul suo fondamento assiologico, stante la natura generale del disposto di cui all'art. 1421 c.c. (che estende il potere di agire a qualunque interessato), inteso dai sostenitori dell'orientamento restrittivo come di stretta interpretazione ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c., o se il mutato panorama normativo e le spinte provenienti dall'Europa, volte alla tutela del contraente debole, non impongano di ridefinire i rapporti regola-eccezione tra legittimazione assoluta e relativa, stante anche il moltiplicarsi di disposizioni che rendono quest'ultima non più sporadica, e di ricercare, di volta in volta, la *ratio* della comminatoria di nullità, anche attraverso il procedimento analogico, individuando così il regime giuridico della legittimazione attiva (in tal senso Polidori, Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali, 2016, 44 e ss.).

E si è concluso che la legittimazione relativa all'azione di nullità non costituisca regola eccezionale, ma speciale, la quale trova fondamento nello stesso art. 1421 c.c. e, in generale, nel sistema da cui è possibile ricavare, in via analogica, la regola processuale.

Se infatti, si è detto, per un verso l'art. 1421 c.c., indipendentemente dall'inciso che pone come norma di chiusura la regola della legittimazione assoluta all'azione, consente di porre in correlazione la causa della nullità e l'interesse protetto con l'ampiezza della legittimazione, atteso che i diversi statuti di disciplina della nullità ammettono le specificazioni e gli adattamenti necessari, nella misura in cui essi non contrastino coi principi generali, come arguibile dal mutamento positivo

intervenuto con l'art. 127 del d.lgs. n. 385 del 1993 (T.U. bancario), che ha collegato all'inderogabilità relativa della disciplina a tutela di un contraente la legittimazione ristretta del solo cliente a far valere la nullità (in tal senso Passagnoli, *Nullità speciali*, 1995, 183 e ss.), per altro verso, la limitazione ad una sola delle parti contrattuali della legittimazione all'esperimento dell'azione di nullità, anche nei casi di mancata espressa previsione normativa del carattere unidirezionale del rimedio invalidatorio, e, dunque, della natura protettiva dello stesso, emergente però chiaramente dal fondamento della comminatoria (come nei casi di cui alla l. n. 192 del 1998, artt. 2, 6 e 9, in tema di subfornitura, o al d.lgs. n. 231 del 2002, in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali o allo stesso art. 143 del Codice di consumo in tema di irrinunciabilità dei diritti del consumatore), andrebbe ricavata dal sistema attraverso il ricorso alla *analogia legis* (in tal senso, Polidori, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, 2016, 44 e ss.).

In proposito, si è anzi arrivati a sostenere che proprio la regola del collegamento tra inderogabilità della disciplina a tutela del contraente e legittimazione ad esso riservata, contenuta nell'art. 127 del d.lgs. n. 385 del 1993, e il suo inserimento in un Testo unico, costituente, in quanto tale, fonte duratura e stabile della materia, in uno con la sua qualificazione sotto la rubrica "Regole generali", riferite a fattispecie (contratti bancari e credito al consumo) aventi "*rationes*" apparentemente discordi, è densa di implicazioni. Tale regola, infatti, correla l'aspetto della legittimazione relativa alla *ratio* della norma a tutela, la quale è riferita non alle caratteristiche soggettive (natura, *status*, qualità) del contraente protetto, bensì al predominio strutturale di un contraente rispetto ad un altro, al quale, in virtù di un apprezzamento svolto in astratto dal legislatore, viene attribuita rilevanza formale in ragione dell'attitudine dello stesso ad alterare in radice i presupposti di esercizio dell'autonomia negoziale e le dinamiche concorrenziali.

Si è perciò concluso, che, in presenza di *rationes* compatibili perché connotate da uno squilibrio normativo, è possibile ricorrere in via analogica alla regola della legittimazione relativa per disciplinare varie ipotesi di nullità (testuali, come virtuali), anche perché, in presenza di previsioni dirette a salvaguardare la parte debole, ma prive di indicazioni sulla disciplina applicabile, l'estensione della legittimazione alla parte forte consentirebbe alla stessa di liberarsi da un vincolo non più gradito, esponendo al rischio di un uso strumentale della nullità per ragioni estranee a quelle per le quali era stata comminata, a dispetto delle esigenze di salvaguardia del contraente debole.

Si pensi, tornando alle nullità c.d. urbanistiche, che la pronuncia delle Sezioni unite in esame ha riguardato un caso in cui a far valere la nullità del contratto di

compravendita di un bene immobile, edificato in difformità dal titolo autorizzatorio, è stato proprio colui che aveva concretamente commesso l'abuso.

In giurisprudenza, la consapevolezza della peculiarità delle nullità speciali in generale - e di quelle di protezione in particolare - è emersa in modo chiaro con la citata Sez. U. n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633503-01, nella parte in cui ha sostenuto che il predetto sistema sembrerebbe più adatto ad una valutazione caso per caso, attesa la molteplicità delle ipotesi di nullità relativa offerte dal dato normativo, perché funzionale a ciascuna norma, e che, proprio in conseguenza degli interventi della Corte di giustizia, la nozione di nullità relativa di protezione, da intendersi come *species* del più ampio *genus* rappresentato dalla nullità negoziale e non come annullabilità rafforzata, deve essere definita ad assetto variabile e di tipo funzionale, perché calibrata sull'assetto di interessi concreto con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo, stante la natura ancipite della stessa perché finalizzata alla tutela di interessi particolari/seriali (esponenziali alla classe dei consumatori o dei clienti) e generali (integrità del mercato). E, da ultimo, in termini sostanzialmente analoghi la stessa **Sez. U., n. 28341/2019, Acierno, Rv. 655800-01**, ha affermato la necessità di verificare se possa configurarsi una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione, salvo differenze di dettaglio ove previste da una normativa specifica di settore, o se vi sia la coesistenza di diverse forme di nullità di protezione, ciascuna dotata di un proprio statuto giuridico autonomo eventualmente anche in relazione all'esercizio selettivo dell'azione di nullità.

Tornando dunque alle nullità c.d. urbanistiche, deve ritenersi che la valenza "essenzialmente informativa" nei confronti della parte acquirente delle menzioni dell'alienante, sostenuta da **Sez. U. n. 8230/2019**, al fine di affermare la necessità della loro veridicità e della riferibilità all'immobile contemplato nell'atto, non potendo la presenza o la mancanza del titolo abilitativo essere affermate in astratto, ma dovendo esserlo in relazione al bene che costituisce l'immobile contemplato nel negozio, consente di ravvisare nel rimedio invalidatorio in esame una funzione sostanzialmente protettiva nei confronti dell'acquirente stesso, tanto da avere indotto il Supremo collegio ad assimilare la dichiarazione mendace alla mancanza di dichiarazione, venendo altrimenti meno la sua funzione di veicolo per la comunicazione di notizie e la conoscenza di documenti, come arguibile dall'istituto della conferma, postulante la reale esistenza del titolo e, a valle, la veridicità dell'informazione derivante dalla dichiarazione.

E se così è, sembra pian piano delinearsi con maggiore chiarezza la fondatezza dell'ipotesi di limitare la legittimazione ad agire al solo acquirente, da considerarsi come parte debole del rapporto, in virtù della sempre maggiore complicazione del

quadro normativo di riferimento, quello della materia edilizia ed urbanistica, come venutosi a delineare successivamente al Testo unico dell'edilizia (che contemplava originariamente il solo permesso di costruire) con la l. 21 dicembre 2001, n. 443 (c.d. legge Lunardi), con il d.l. n. 133 del 2014 (c.d. decreto sblocca Italia), convertito con modificazioni con la l. n. 164 del 2014, e successivamente con il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222 (Riforma Madia), e il conseguente proliferare di titoli a seconda del tipo di intervento, spesso lasciati all'auto-asseverazione del costruttore/proprietario (si pensi alla C.I.L.A. o alla S.C.I.A., quest'ultima quale titolo necessario in caso di ristrutturazione c.d. "leggera", ma anche come alternativa al permesso di costruire sia in caso di nuova edificazione, sia di ristrutturazione c.d. "pesante"), unico soggetto a conoscenza della regolarità del bene anche in caso di interventi successivi alla sua iniziale edificazione, divenuti ormai rilevanti.

Del resto, tale possibile risvolto applicativo di una disciplina a cavallo tra quella codicistica e quella tipicamente propria delle nullità di protezione, in assenza di specifiche determinazioni speciali contemplate dalla normativa di riferimento, trova conforto negli arresti giurisprudenziali sopra citati, ove si consideri che, per un verso, la legittimazione all'azione lasciata al solo contraente debole è stata considerata, come si è detto, il tratto unificante delle nullità di protezione, riconducibile all'art. 36 del Codice del consumo (in tal senso, **Sez. U. n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01**), e, per altro verso, che la disciplina propria delle nullità di protezione, in quanto ad assetto variabile e di tipo funzionale, richiede una valutazione caso per caso in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale (Sez. U. n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633503-01).

Diversamente opinando, l'esercizio dell'azione da parte dell'alienante si presterebbe, come già accaduto, ad un uso distorto del meccanismo invalidatorio, del tutto alieno alla finalità di salvaguardare gli interessi dell'acquirente, magari con un esercizio strumentale della stessa (certamente imprescrittibile ai sensi dell'art. 1422 c.c.) successivamente all'intervenuta prescrizione (decennale) del diritto della controparte ad ottenere la restituzione del corrispettivo pagato, divenuto ormai indebito, salvo il rilievo dell'eccezione di buona fede. Ma questa è un'altra questione.

IX) LA NULLITÀ DEL CONTRATTO D'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA PER DIFETTO DI FORMA SCRITTA TRA PROTEZIONE E BUONA FEDE

(DI ELEONORA REGGIANI)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il quadro normativo – 3. La nullità prevista dall'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 58 del 1998 secondo le Sezioni Unite – 4. Gli effetti della nullità sulle operazioni eseguite – 5. L'uso selettivo della nullità – 6. Le soluzioni interpretative offerte prima dell'intervento delle Sezioni Unite – 7. Il principio di buona fede come "criterio ordinante" secondo le Sezioni Unite – 8. Osservazioni di sintesi.

1. Premessa.

Nell'anno in rassegna, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno adottato un'importante pronuncia riguardante la disciplina dei contratti di intermediazione finanziaria, che aggiunge un ulteriore tassello ad un complesso mosaico, esprimendo ancora una volta la necessità di ricondurre a sistema gli istituti previsti dalle norme di settore e, nel contempo, di rispettare la specificità della materia.

In dichiarata continuità con la sentenza pronunciata l'anno precedente (Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01), che ha specificato i caratteri della nullità prevista dall'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 58 del 1998, le Sezioni Unite hanno affrontato la questione relativa agli effetti di tale nullità, prestando attenzione, in particolare, all'uso selettivo della stessa, delimitandone i confini alla luce del fondante principio della buona fede (Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01).

L'esame di tali decisioni fornisce l'occasione per dare uno sguardo d'insieme agli istituti da esse coinvolti, così come interpretati dalla più recente giurisprudenza di legittimità.

2. Il quadro normativo.

Si devono prima di tutto richiamare le disposizioni normative interessate dalle pronunce sopra menzionate che, in entrambi i casi, hanno riguardato fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 58 del 1998, nella versione antecedente alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 164 del 2007.

In primo luogo, va pertanto menzionato il comma 1 dell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, ove, nel testo originario, è stabilito quanto segue: *«I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di*

inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo».

Il successivo comma 3, rimasto immutato nel tempo, ha aggiunto che *«Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente».*

In base all'art. 1 comma 5, d.lgs. cit., sempre nel testo originario, *«Per 'servizi di investimento' si intendono le seguenti attività, quando hanno per oggetto strumenti finanziari: a) negoziazione per conto proprio; b) negoziazione per conto terzi; c) collocamento, con o senza preventiva sottoscrizione o acquisto a fermo, ovvero assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; d) gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi; e) ricezione e trasmissione di ordini nonché mediazione. ...omissis».*

Si devono tenere presenti anche alcune disposizioni del regolamento di attuazione del d.lgs. n. 58 del 1998, sempre nel testo originario, applicabile *ratione temporis*.

In particolare, l'art. 30 regolamento Consob n. 11522 del 1998, nel disciplinare il "contratto con gli investitori", e cioè il contratto quadro relativo alla prestazione dei servizi sopra menzionati (escluso il servizio di collocamento e quelli accessori diversi dal finanziamento agli investitori), ha stabilito che *«1. Gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata all'investitore. 2. Il contratto con l'investitore deve: a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche; b) stabilire il periodo di validità e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni; d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta; e) indicare e disciplinare, nei rapporti di negoziazione e ricezione e trasmissione di ordini, le modalità di costituzione e ricostituzione della provvista o garanzia delle operazioni disposte, specificando separatamente i mezzi costituiti per l'esecuzione delle operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati; f) indicare le altre condizioni contrattuali eventualmente convenute con l'investitore per la prestazione del servizio».*

D'altronde, il precedente art. 28 regolamento cit. (sempre nel testo originario) ha chiaramente previsto, al comma 1, che *«Prima di iniziare la prestazione dei servizi di investimento, gli intermediari autorizzati devono: a) chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio. L'eventuale rifiuto di fornire le notizie richieste deve risultare dal contratto di cui al successivo articolo 30, ovvero da apposita dichiarazione sottoscritta dall'investitore; b) consegnare agli investitori il documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari di cui all'Allegato n. 3».*

Il contenuto necessario del contratto quadro, sopra indicato, e gli obblighi di informazione passiva, appena riportati, si pongono peraltro in stretta connessione con quanto previsto dall'art. 21, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo rimasto immutato nel tempo secondo il quale *«Nella prestazione dei servizi di*

investimento e accessori i soggetti abilitati devono: ...omissis... b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati».

Le norme di attuazione, contenute nel regolamento sopra menzionato, contengono numerose disposizioni puntuali, che rendono concreti gli obblighi di informazione attiva e passiva appena richiamati, come ad esempio previsto dai commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 28 regolamento cit. e, con riferimento alle operazioni in conflitto d'interessi e a quelle inadeguate, dagli artt. 27 e 29 regolamenti cit.

Per completezza, si deve evidenziare che le disposizioni del d.lgs. n. 58 del 1998 sono state in gran parte modificate prima dall'art. 4 d.lgs. n. 164 del 2007, che ha recepito la direttiva 2004/39/CE (Mifid 1), e poi dall'art. 2 d.lgs. n. 129 del 2017, che ha recepito la direttiva 2014/65/UE (Mifid 2). Di conseguenza sono stati adottati anche nuovi regolamenti attuativi, che hanno sostituito quello appena illustrato (prima il regolamento Consob n. 16190 del 2007 e poi il regolamento Consob n. 20307 del 2018).

Il testo attualmente vigente del comma 1 dell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998 stabilisce comunque quanto segue: «1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo».

È pertanto evidente che, per la parte che qui interessa, non è intervenuto alcun mutamento significativo di disciplina.

3. La nullità prevista dall'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 58 del 1998 secondo le Sezioni Unite.

Nell'anno scorso le Sezioni Unite, investite della questione relativa alla validità o meno del contratto quadro di intermediazione finanziaria sottoscritto dal solo investitore e non anche dall'intermediario (cd. contratto "monofirma"), hanno delineato in modo chiaro le peculiari caratteristiche della descritta nullità, prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, fornendo una risposta decisa al vivace dibattito dottrinale oramai da anni in corso in argomento.⁶⁶

Nella richiamata sentenza (Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01),

⁶⁶ Per un approfondito esame delle questioni e delle posizioni interpretative maturate prima della decisione delle Sezioni Unite, si rinvia alla relazione di questo Ufficio n. 143 del 10 ottobre 2017. Tra le pubblicazioni successive, v. SCOGNAMIGLIO CLAUDIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 741; FIORDIPONTI FILIPPO, *La giurisprudenza delle*

le Sezioni Unite hanno preso atto delle pronunce fino ad allora adottate dalla Corte, secondo le quali, in applicazione dell'ordinaria disciplina civilistica, era da ritenersi nullo – per difetto della forma scritta, richiesta *ad substantiam* dalla legge – il contratto quadro sottoscritto dal solo investitore (cfr. in particolare Sez. 1, n. 05919/2016, Mauro Di Marzio, Rv. 639062-01 e Sez. 1, n. 08395/2016, Acierno, Rv. 639486-01) ed hanno anche tenuto presenti le statuizioni che, pervenendo ad identiche conclusioni, hanno esaminato la questione con riferimento all'analogia disposizione contenuta nell'art. 117 d.lgs. n. 385 del 1993 (così Sez. 1, n. 00036/2017, Valitutti, Rv. 643013-01).

Secondo l'orientamento fino ad allora dominante, almeno in sede di legittimità, l'investitore, unico legittimato a far valere la nullità del contratto quadro *ex art.* 23 d.lgs. n. 58 del 1998, poteva agire, deducendo la nullità del contratto quadro, non solo nei casi in cui quest'ultimo era privo della sua sottoscrizione, ma anche quando non era firmato dall'intermediario.

Le Sezioni Unite hanno invece operato una ricostruzione del tutto diversa, evidenziando che a tale soluzione si arriva tenendo conto della stessa formulazione letterale della norma, che esprima chiaramente la peculiare *ratio* ad essa sottesa.

Prima di tutto, hanno ribadito che l'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, nel richiedere la forma scritta a pena di nullità, si riferisce non già alle singole operazioni – la cui validità non è soggetta a requisiti formali, a meno che non vi sia una diversa previsione convenzionale – ma al contratto quadro (cfr. da ultimo Sez. 1, n. 19759/2017, Falabella, Rv. 645194-02), aggiungendo che la nullità prevista è posta nell'interesse del cliente, unico soggetto che può farla valere, a tutela del quale è stabilita anche la consegna del contratto, il cui contenuto, disciplinato negli elementi essenziali dall'art. 30 del regolamento Consob n. 11522 del 1998, deve essere messo a totale sua disposizione.

La previsione della nullità, per le Sezioni Unite, serve ad assicurare che, al momento della conclusione del contratto, siano davvero indicati all'investitore non qualificato – come tale, privo delle conoscenze che invece detiene l'intermediario – gli specifici servizi forniti, la durata e le modalità di rinnovo e di modifica del contratto, le modalità con cui si svolgeranno le singole operazioni ed anche i termini e modi di rendicontazione (si tratta del contenuto minimo del contratto, previsto dall'art. 30 del regolamento Consob n. 11522 del 1998, sopra riportato). È infatti l'investitore colui che, nel corso del rapporto, ha bisogno di conoscere e di

Sezioni Unite accende il dibattito sul carattere formale del contratto ex art. 23 TUF, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1844; TOSI EMILIO, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2019, II, 197.

verificare il rispetto delle modalità di esecuzione dello stesso ed anche le regole che riguardano la vigenza del contratto, anche se la finalità protettiva dell'investitore si riverbera in via mediata sulla regolarità e trasparenza dell'intero mercato finanziario.

Il vincolo di forma, imposto dall'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, è così considerato non in senso strutturale, ma funzionale, in considerazione dell'evidenziata finalità protettiva dell'investitore.

Da ciò consegue, secondo le Sezioni Unite, che il contratto quadro deve essere redatto per iscritto e deve essere sottoscritto dall'investitore, cui ne deve essere consegnata una copia, ma non è necessario che il consenso dell'intermediario risulti dalla sottoscrizione, ben potendo ricavarsi da comportamenti concludenti di quest'ultimo, perché la presenza o meno della sua firma nulla aggiunge e nulla toglie alla tutela che la forma scritta è volta a soddisfare.

Le Sezioni Unite hanno anche evidenziato che la ricostruzione così operata porta a configurare la nullità in questione come una sanzione per l'intermediario, che ben si armonizza nel contesto del d.lgs. cit., finalizzato a dettare regole di comportamento per quest'ultimo, in pieno rispetto del principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe invece dubitare, ove si accedesse alla diversa interpretazione, secondo la quale il cliente potrebbe far valere la nullità del contratto quadro anche nel caso in cui sia sottoscritto non da lui, ma da chi rappresenta l'intermediario.

In conclusione, con la pronuncia in esame si è evidenziato che il formalismo contrattuale previsto dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998 assolve ad una funzione essenzialmente informativa a protezione del cliente (cd. "forma che informa") che, nei confronti dell'intermediario, si pone come dovere comportamentale, sanzionato, in caso di inadempimento, con la nullità del contratto.

La mancanza della sottoscrizione del contratto quadro non solo può essere fatta valere soltanto dal cliente ma riguarda esclusivamente quest'ultimo, dovendosi conseguentemente escludersi la nullità per vizio di forma, ove manchi la sottoscrizione dell'intermediario.

Le Sezioni semplici della Corte di cassazione si sono subito adeguate al principio come sopra enunciato, escludendo la nullità del contratto quadro firmato dal solo investitore (così Sez. 1, n. 16861/2018, Valitutti, non massimata e Sez. 1, n. 12569/2019, Di Virgilio, non massimata; con riferimento a quanto stabilito per i contratti bancari dall'analoga previsione di cui all'art. 117 d.lgs. n. 385 del 1993, v. Sez. 1, n. 14243/2018, Falabella, Rv. 649119-01; Sez. 1, n. 14646/2018, Laura Tricomi, Rv. 648942-01; Sez. 1, n. 16070/2018, Iofrida, Rv. 649476-01).

Anche la successiva decisione delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01) si è dichiaratamente posta in continuità con tale

pronuncia, come verrà di seguito evidenziato.

4. Gli effetti della nullità sulle operazioni eseguite.

La definizione delle caratteristiche della nullità sancita dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, così come effettuata da Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01, si riverbera su di un altro problema interpretativo, sempre legato all'accertamento della menzionata nullità, riferito ai casi in cui il rapporto contrattuale si è comunque svolto, nonostante il difetto di forma del contratto quadro, e l'intermediario abbia, nel tempo, prestato i propri servizi di investimento in favore del cliente.

Si tratta in sostanza di qualificare il rapporto esistente tra il contratto quadro e le singole operazioni successivamente eseguite, al fine di comprendere gli effetti della nullità del contratto quadro su queste ultime.

L'opinione degli interpreti in argomento è variegata e impinge nel sempre acceso dibattito, volto a qualificare, e distinguere, il contratto quadro dal contratto normativo e da altre figure negoziali, rapportandole poi agli atti e ai contratti compiuti.

Nella motivazione della pronuncia a Sezioni Unite appena indicata si accenna a tale problematica, laddove viene affermato che il contratto quadro è destinato a costituire la regolamentazione dei servizi, alla cui prestazione si obbliga l'intermediario verso il cliente, richiamando la giurisprudenza che ha accostato tale figura al mandato, derivandone obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente, in cui le successive operazioni costituiscono momenti attuativi (cfr. le note Sez. U, n. 26724/2007, Rordorf, Rv. 600329-01 e Sez. U, n. 26725/2007, Rordorf, Rv. 600331-01).

Ciò non toglie che tali successive operazioni costituiscano autonomi negozi, ancorché le modalità del loro compimento e le caratteristiche, che le connotano, siano regolamentati nel contratto quadro.

In argomento, si rivela decisiva la ricostruzione operata da Sez. 1, n. 12937/2017, Dolmetta, Rv. 644459-01, seguita dalla successiva giurisprudenza di legittimità, ove, in motivazione, è analizzata la struttura negoziale che – in ragione della vigente normativa di legge e regolamento – risulta propria dello svolgimento dei servizi di investimento.

La Corte ha infatti rilevato quanto segue:

«9. ... il contratto quadro assolve la funzione di gettare le base per la futura operatività del rapporto. Nel senso che lo stesso, in particolare, dispone gli obblighi di informazione specifica sull'investitore (c.d. informazione passiva), che sono di subitanea attuazione. E inoltre dispone l'assunzione, o interiorizzazione negoziale, degli obblighi di informazione attiva e adeguatezza circa le singole operazioni, che discendono dalle prescrizioni di legge (art. 21 ss. TUF) e di

regolamento Consob (come si è opportunamente rilevato, «i doveri di informazione attiva ... hanno fonte nella legge, ma sono da questa incorporati per via di integrazione nel contenuto tipico del contratto»). E così pure viene a disporre, ancora, una sequenza ordinante dell'ulteriore agire operativo del rapporto concreto: così conformando, e insieme imponendo, lo schema di azione che ciascun ordine dovrà poi rispettare in termini di rigoroso vincolo; secondo una linea che, si è già ricordato, risulta conformata nella funzione di protezione della posizione dell'investitore. Tutto questo non può far dimenticare, però, che la funzione del contratto quadro, ovvero la sua causa negoziale, è quella di fare (per l'investitore) e di far fare (per l'intermediario) degli investimenti. L'eventualità di confinarlo senza residui nello schema del semplice contratto normativo trascura che, nella realtà normativa, come pure operativa, la sua stipulazione importa tra gli altri, anche il compito dell'intermediario di segnalare e proporre all'investitore l'opportunità di effettuare degli investimenti secondo i termini organizzativi e contenutistici che per l'appunto si trovano prescritti da legge e regolamento. Nonché il compito di dare risposta adeguata, e secondo le ridette prescrizioni, alle richieste dell'investitore.

10. Quanto appena rilevato non spiega, per la verità, solo la ragione per cui l'assenza, in una fattispecie concreta, del contratto quadro implica l'invalidità degli ordini che nel caso si siano susseguiti, per ciò stesso risultanti propriamente acefali (cfr., per tutte, Cass. 11 aprile 2016, n. 7068). Indica altresì come i singoli ordini di investimento, concretamente verificatisi, si pongano all'interno della struttura fissata dal contratto quadro, nell'alveo tracciato dallo stesso. Il che vale a escludere in radice la possibilità di racchiudere la fase logica (ben più che cronologica), che va dalla stipulazione del contratto quadro all'emissione dei singoli ordini, nell'ambito dell'agire precontrattuale (e della conseguente responsabilità), secondo una prospettiva in sé davvero irrealistica. Ché l'assolvimento degli obblighi di informazione attiva e di adeguatezza costituisce proprio il ponte — endocontrattuale, all'evidenza ... — di passaggio tra la funzione di investimento, come resa dal contratto quadro, e i singoli investimenti, come inevitabilmente espressi dai singoli ordini: in questa «cinghia di trasmissione» consistendo propriamente la protezione sostanziale che il sistema vigente viene ad assicurare all'investitore. ...

11.- La consecutiva fase dei singoli ordini è stata definita nei termini di fase «attuativa» del rapporto (questa è la nota formulazione adottata dalle sentenze di Cass. SS.UU. 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725). Di certo, la stessa non potrebbe essere considerata come non dipendente dal contratto quadro; certo è pure, peraltro, che la stessa non potrebbe essere definita, o intesa, come fase di mera esecuzione — o comunque di esecuzione meccanica e ripetitiva — del rapporto, secondo l'avviso che per contro è stato manifestato, nel contesto del presente giudizio, dalla Corte territoriale. Di questa fase, in realtà, va sottolineata prima di tutto la sua essenzialità, secondo quanto, del resto, è fatto oggettivamente evidente. Ma, soprattutto, va rimarcato come essa rappresenti — singolo ordine per singolo ordine — la fase realmente decisionale dell'attività di investimento: decisione che, secondo la protezione dettata dal sistema vigente, deve essere frutto di un lungo itinerario, che è interamente contrattuale.».

Se è dunque vero che gli ordini di investimento successivi al contratto

quadro muovono da una singolare manifestazione di volontà e sono dotati di una propria autonoma individualità, che rende possibile che l'azione di risoluzione o di accertamento della nullità interessi solo le operazioni effettuate in esecuzione di detti ordini senza investire il contratto quadro (così Sez. 1, n. 03261/2018, Lamorgese, Rv. 647233-01; Sez. 1, n. 16861/2017, Falabella, Rv. 644971-01; Sez. 1, n. 16820/2016, Falabella, Rv. 640905-01), tuttavia, in base a quanto appena evidenziato, la nullità del contratto quadro travolge ineluttabilmente gli ordini eseguiti a valle (per un'applicazione di tale principio, cfr. Sez. 1, n. 08395/2016, Acierno, Rv. 639486-01; Sez. 1, n. 10116/2018, Marulli, Rv. 648894-01; Sez. 1, n. 06664/2018, Nazzicone, Rv. 648251-01).

Ovviamente, come affermato da Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01, in quest'ultima ipotesi, ove venga dedotta in giudizio la nullità di tutte o di alcune delle operazioni effettuate, in ragione della nullità del contratto quadro non sottoscritto dal cliente, l'accertamento di tale nullità non può essere effettuata *incidenter tantum*, poiché ciò è possibile solo con riferimento a un rapporto diverso da quello dedotto in giudizio, mentre invece, in questo caso, si tratta di un accertamento che riguarda un presupposto giuridico eziologicamente collegato con la domanda, tanto da costituirne la premessa ineludibile (cfr. da ultimo Sez. 6-L, n. 03669/2019, Ghinoy, Rv. 652904-01).

5. L'uso selettivo della nullità.

La ricostruzione sopra riportata del rapporto tra contratto quadro e singole operazioni (in particolare, i singoli ordini di investimento, impartiti dal cliente ed eseguiti dall'intermediario) conduce ad affrontare la questione esaminata dalle Sezioni Unite nell'anno in rassegna.

Si tratta della valutazione della legittimità o meno del ricorso da parte dell'investitore all'istituto della nullità prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, per far valere la nullità di alcuni soltanto tra gli ordini di investimento eseguiti nel corso del rapporto, nonostante la nullità del contratto quadro (ovviamente si tratta, di regola, degli ordini che hanno comportato perdite per l'investitore), al fine di ottenere in restituzione le somme investite e andate perse.

La questione sorge perché, come sopra evidenziato, solo l'investitore può far valere la descritta nullità del contratto quadro ai sensi dell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, ma gli interpreti si sono interrogato sugli effetti di tale scelta, una volta compiuta, ed anche sull'esistenza di limiti interni ed esterni al corrispondente potere, offrendo dottrina e giurisprudenza soluzioni tra loro estremamente diversificate, anche in ordine alle possibili eccezioni o domande riconvenzionali che possono essere formulate dall'intermediario.

6. Le soluzioni interpretative offerte prima dell'intervento delle Sezioni Unite.

In un primo momento la giurisprudenza di legittimità (Sez. 1, n. 08395/2016, Acierno, Rv. 639486-01), nell'affermare che la nullità prevista dall'articolo menzionato, in quanto nullità di protezione, può essere eccepita dall'investitore anche limitatamente ad alcuni degli ordini di acquisto, a mezzo dei quali è stata data esecuzione al contratto viziato, ha espressamente esaminato, in motivazione, l'eccezione sollevata dall'intermediario, relativa alla ritenuta abusività, e conseguente illegittimità, del ricorso alla nullità selettiva, ritenendola infondata.

In particolare, la S.C. ha rilevato che la nullità prevista per il contratto quadro in mancanza della forma scritta *ad substantiam* non cambia natura, se riferita alle operazioni successivamente compiute. Anche tale nullità è rilevabile esclusivamente dall'investitore ed è configurabile come nullità di protezione. Quest'ultimo pertanto, in applicazione degli artt. 99 e 100 c.p.c., può selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo agli acquisti di prodotti finanziari, dai quali si ritenga illegittimamente pregiudicato, rendendo gli altri acquisiti estranei al giudizio, senza che tale conclusione contrasti con la rilevabilità d'ufficio (anche) della nullità di protezione, affermata dalle Sezioni Unite (cfr. Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633503-01), le quali si sono limitate ad estendere l'accertamento ufficioso alle nullità protettive non dedotte dalle parti, ma non hanno consentito il rilievo anche in relazione ad atti diversi da quelli verso i quali la censura è dalle parti rivolta.

Successivamente, la medesima S.C. ha espresso un orientamento del tutto diverso. In particolare, Sez. 1, n. 06664/2018, Nazzicone, Rv. 648251-02, ha ritenuto che, accertata la nullità del contratto d'investimento, il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo di cui agli artt. 2033 ss. c.c., con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco tra le parti, subordinato alla domanda di parte ed all'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova, avente ad oggetto, da un lato, le somme versate dal cliente all'intermediario per eseguire l'operazione e, dall'altro lato, i titoli consegnati dall'intermediario al cliente e gli altri importi incassati a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi, a norma dell'art. 2038 c.c., con conseguente applicazione della compensazione fra i reciproci debiti sino alla loro concorrenza.

In altre parole, secondo tale ricostruzione, il regime di protezione si esaurisce nella legittimazione esclusiva del cliente a far valere la nullità per difetto di forma, ma poi, dichiarata l'invalidità del contratto quadro, gli effetti caducatori e restitutori possono essere fatti valere da entrambe le parti.

Solo per completezza, deve richiamarsi un'altra pronuncia che ha esaminato la questione, ma solo per ritenerla estranea alla specifica materia del contendere.

Si tratta di Sez. 1, n. 10116/2018, Marulli, Rv. 648894-01, ove si è affermato che, se le singole operazioni di investimento hanno avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, all'investitore che chiede la declaratoria di nullità solo per alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, quella di intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, essendo l'una e l'altra prospettabili solo nel caso in cui esista un contratto quadro (anche se invalido).

Dalla lettura della motivazione si evince che la pronuncia ha riguardato un caso in cui era incontrovertito che il cliente avesse per anni svolto un elevato numero di operazioni di investimento e disinvestimento senza che fosse mai stato stipulato un accordo quadro. In questo caso, ha ritenuto la Corte di cassazione, se un contratto manca, perché mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva, ci si trova in presenza di un coacervo di singole operazioni, tante quante sono quelle poste in essere attraverso l'esecuzione degli ordini impartiti di volta in volta dall'investitore, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità.

È possibile rivenire anche un ulteriore orientamento che, sollecitato da una parte della dottrina, ha prospettato l'esperibilità dell'*exceptio doli generalis*, al fine di paralizzare l'uso selettivo della nullità, ritenendo contraria a buona fede la pretesa di far valere il difetto di forma del contratto quadro, per porre nel nulla, non tutte, ma solo alcune delle operazioni compiute. Tale posizione è evidenziata in particolare nell'ordinanza interlocutoria, che ha nuovamente rimesso la questione alle Sezioni Unite (Sez. 1, n. 23927/2018, Valitutti, non massimata), rinviando anche alle precedenti ordinanze interlocutorie (Sez. 1, nn. 12388-12389-12390/2017, Genovese, non massimate, cui è seguita la statuizione delle Sezioni Unite sul contratto monofirma, sopra illustrata, che ha dichiarato assorbiti gli ulteriori mezzi e, con essi, la questione in esame).

Per quanto riguarda le soluzioni interpretative adottate dalla dottrina, il riferimento all'*exceptio doli* assume connotazioni variegata, volte a paralizzare l'azione di restituzione del cliente.

Alcun interpreti hanno considerato contrario a buona fede l'uso selettivo della nullità di protezione in sé, per il solo fatto che, con intento opportunistico, in questo modo vengono selezionati solo gli ordini di investimento o disinvestimento non lucrativi per l'investitore, con effetto solo di paralizzare l'azione di restituzione del cliente, senza consentire alcuna ripetizione in favore dell'intermediario. Altri autori non hanno ritenuto sempre illegittimo l'uso selettivo della nullità, ma solo quando sia espressione di malafede o frode, per essere preordinato alla produzione di un pregiudizio in danno dell'intermediario.

Altri ancora hanno fatto ricorso alla categoria dell'abuso del diritto, configurando tale evenienza quando il fine dell'azione risulti incoerente rispetto a quello in funzione del quale la legge attribuisce il potere di azione.⁶⁷

7. Il principio di buona fede come “criterio ordinante” secondo le Sezioni Unite.

Come sopra anticipato, le Sezioni Unite hanno espressamente affermato di risolvere il problema dell'uso selettivo della nullità sancita dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, adottando una soluzione che si pone in continuità con la pronuncia adottata nell'anno precedente (Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01).

Al riguardo, si deve richiamare un passaggio importante della decisione assunta nel 2018, ove le Sezioni Unite hanno evidenziato che «...ragionando in termini più generali, può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta e immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche».

Nella sentenza successivamente adottata (Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01), le Sezioni Unite hanno evidenziato che la precedente pronuncia sopra ricordata, nel ritenere assolto l'obbligo della forma scritta nonostante il contratto fosse sottoscritto soltanto dall'investitore, ha riconosciuto alla disposizione dell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998 la funzione di protezione effettiva del cliente, senza legittimare l'esercizio dell'azione di nullità in forma abusiva in modo da far conseguire all'investitore ingiusti vantaggi.

L'opzione fortemente funzionalistica nella conformazione dell'obbligo della forma scritta, adottata da Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01, è stata considerata come «determinata dall'esigenza di non trascurare l'applicazione dei principi di buona fede e correttezza anche nell'esercizio dei diritti in sede giurisdizionale».

In tale ottica, le Sezioni Unite hanno esaminato la nullità sancita dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, raccordandola con le altre nullità protettive, rinvenendo, quale elemento unificante, l'esclusività della legittimazione a far valere tali nullità in capo al soggetto protetto dalla disposizione, in deroga al disposto dell'art. 1421 c.c.

Tale esclusività, hanno precisato le Sezioni Unite, non impedisce il rilievo

⁶⁷ Pe un approfondito esame delle diverse posizioni, si rinvia alle relazioni di questo Ufficio n. 136 del 2 ottobre 2017 e n. 111 del 7 dicembre 2018. Tra le pubblicazioni successive, v. PETTI GIANLUCA, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2019, 283; SARTORIS CHIARA, *Contratti di intermediazione finanziaria – Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. it.*, 2019, 4, 763.

ufficioso delle menzionate nullità, anche dove non è espressamente previsto dalla legge, perché, come chiarito da Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633503-01, le nullità protettive costituiscono, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle nullità, dal momento che tutelano interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato *ex art.* 41 Cost. e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli – i quali trascendono gli interessi del singolo contraente (Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633503-01), fermo restando che il rilievo del giudice deve comunque essere subordinato ad una manifestazione d'interesse del soggetto legittimato (Sez. 2, n. 26614/2018, Criscuolo, Rv. 651009-01).

Secondo le Sezioni Unite, l'esclusione della legittimazione all'azione di nullità dell'altro contraente è il frutto della predeterminazione legislativa della posizione di squilibrio contrattuale tra le parti, riferita a determinate tipologie contrattuali, e l'attribuzione al contraente meno forte dell'esclusività nella scelta in ordine alla proposizione di tale azione è uno strumento di riequilibrio normativo.

In tale ottica è pertanto consequenziale l'emersione di un'ulteriore caratteristica delle nullità protettive, le quali non solo possono essere fatte valere soltanto dal soggetto da esse protetto, ma operano anche a vantaggio esclusivo di quest'ultimo.

Le Sezioni Unite hanno rilevato che tale connotazione è esplicitata nell'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 206 del 2005 (cd. Codice del consumo), che disciplina in generale il regime delle nullità delle clausole vessatorie, ed anche nel novellato art. 127, comma 2, d.lgs. n. 385 del 1993, che regola alcune nullità dei contratti bancari.

Sebbene tale precisazione non sia espressa nell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, le medesime Sezioni Unite hanno tuttavia affermato che la nullità opera a vantaggio esclusivo del cliente anche in questo caso, perché si tratta di una connotazione implicita nella caratterizzazione funzionale della medesima, enunciata nella sopra illustrata Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01.

Nei contratti d'investimento, hanno poi precisato le Sezioni Unite, lo squilibrio contrattuale assume un carattere prevalentemente conoscitivo-informativo, fondandosi sull'elevato grado di competenza tecnica di coloro che operano nell'ambito degli investimenti finanziari, non comparabile con le conoscenze dell'investitore non qualificato che si appresta a compiere operazioni finanziarie, aggiungendo che comunque non tutti i rimedi volti a limitare, o a colmare, l'asimmetria informativa, sono riconducibili alla nullità di protezione.

Una volta stabilito l'equilibrio formale con il testo contrattuale scritto, la condizione soggettiva dell'investitore e le scelte d'investimento, che connotano peculiarmente gli obblighi informativi dell'intermediario nella prestazione dei

servizi di investimento, incidono sullo scrutinio dell'adempimento di quest'ultimo, ai fini del risarcimento del danno o della risoluzione del contratto, tenendo sempre conto, in concreto, della buona fede del cliente al momento della rivelazione delle sue caratteristiche d'investitore e del suo grado di conoscenza delle dinamiche degli investimenti finanziari (Sez. U, n. 26724/2007, Rordorf, Rv. 600329-01).

In tale quadro, secondo le Sezioni Unite, il principio di buona fede e correttezza contrattuale, sostenuto dai principi solidaristici di matrice costituzionale, è operante, in relazione agli interessi dell'investitore, mediante la predeterminazione legislativa delle nullità di protezione predisposte a suo esclusivo vantaggio, in funzione di riequilibrio generale ed astratto delle condizioni negoziali garantite dalla conoscenza del testo del contratto quadro, nonché mediante la previsione di un rigido sistema di obblighi informativi a carico dell'intermediario. Tuttavia, non può escludersi la configurabilità di un obbligo di lealtà dell'investitore in funzione di garanzia per l'intermediario che abbia correttamente assunto le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente al fine di conformare gli investimenti alle sue caratteristiche, alle sue capacità economiche e alla sua propensione al rischio. Può, pertanto, rilevarsi che anche nei contratti caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall'autonomia contrattuale, volte a proteggere il contraente che strutturalmente è in una posizione di squilibrio rispetto all'altro, il principio di buona fede possa avere un ambito di operatività trasversale, non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente, quando gli strumenti normativi di riequilibrio possono essere da quest'ultimo utilizzati, anche in sede giurisdizionale, per arrecare un ingiustificato pregiudizio all'altra parte, pur se applicati conformemente al paradigma legale.

In via generale dunque, l'uso selettivo della nullità prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998 non è dalle Sezioni Unite ritenuto in contrasto con lo statuto normativo delle nullità di protezione, ma – e questo è il punto centrale – la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede.

In particolare, dell'invalidità del contratto quadro prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998 può avvalersi soltanto l'investitore, e ciò avviene non solo sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva ma anche su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo suo vantaggio. L'intermediario non può avvantaggiarsi degli effetti diretti di tale nullità e conseguentemente non è legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma per far valere la nullità di ordini non impugnati chiedendo le conseguenti restituzioni.

Tuttavia, le Sezioni Unite hanno ritenuto che i principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale (art. 2, 3, 41 e 47 Cost., quest'ultimo con specifico riferimento ai contratti d'investimento), sui quali le

stesse Sezioni Unite, con la pronuncia n. 26642 del 2014, hanno riposto il fondamento e la *ratio* delle nullità di protezione, operano anche in funzione di riequilibrio effettivo endocontrattuale, quando l'azione di nullità, utilizzata in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Limitatamente a tali ipotesi, l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini.

Al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali di fronte all'uso selettivo delle nullità di protezione, secondo le Sezioni Unite, occorre effettuare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato, dovendo ritenersi, in questa ultima ipotesi, che l'investitore abbia agito coerentemente con la funzione tipica delle nullità protettive, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere.

Per accertare se l'uso selettivo della nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, si deve verificare l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità e, ove sia stato vantaggioso per l'investitore, porlo in correlazione con il *petitum* azionato in conseguenza della proposta azione di nullità.

Può dunque accadere che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*. In tale ipotesi, può essere opposta, ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso.

Può anche accadere che un danno per l'investitore, anche al netto dei rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato. In tale ipotesi, entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede.

In conclusione, secondo tale ricostruzione, se i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superano il *petitum*, l'effetto impeditivo è integrale, ove invece si determini un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri investimenti non colpiti dalla nullità selettiva, l'effetto paralizzante dell'eccezione opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato

conseguito.

8. Osservazioni di sintesi.

Se si volesse riassumere in pochissime parole il senso delle due pronunce a Sezioni Unite appena illustrate potrebbe sinteticamente dirsi che, per le Sezioni Unite, la nullità prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, in quanto posta a tutela dell'investitore, quale parte debole del contratto, può essere fatta valere solo da quest'ultimo, opera esclusivamente a suo vantaggio e nei limiti in cui realizza la sua protezione.

In base a tale premessa, Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01 ha escluso la configurabilità della menzionata nullità nel caso di contratto quadro monofirma, firmato però dall'investitore, perché la sottoscrizione di chi rappresenta l'intermediario nulla aggiunge e nulla toglie alla funzione di protezione svolta dal richiesto rigore formale del contratto.

In termini analoghi, Sez. U, n. 28314/2019, Acerno, Rv. 655800-01, pur non ritenendo in sé illecito l'uso selettivo di tale nullità, ha rilevato che non vi è più protezione dell'investitore, ma un uso sfunzionale del potere di azione a quest'ultimo conferito, nel caso in cui, selezionando le operazioni finanziarie da far dichiarare nulle, ottenga un risultato economico eccedente rispetto al vantaggio attribuito dalla legge.

In altre parole, secondo le Sezioni Unite, la possibilità di far valere in via esclusiva la nullità del contratto quadro per difetto di forma scritta consente all'investitore di decidere se porre o no nel nulla le operazioni effettuate, provocando le restituzioni totali o parziali (a seconda che faccia o meno uso selettivo della nullità), ma non gli consente di conseguire un vantaggio ulteriore, e superiore, agli effetti che otterrebbe per effetto della dichiarazione di nullità di tutte le operazioni compiute in ragione della mancata sottoscrizione del contratto quadro.

Tale soluzione è il risultato di una rilettura a tutto campo dei rapporti tra investitore e intermediario.

È chiara la consapevolezza che detti rapporti siano minuziosamente disciplinati dal legislatore (e dalle norme regolamentari di attuazione) già prima della stipula del contratto quadro, mediante la previsione di obblighi di comportamento, e in particolare di obblighi di informazione attiva e passiva, finalizzati a colmare lo squilibrio esistente tra le parti. L'adempimento di alcuni di tali obblighi, quelli che il legislatore ritiene più importanti, devono risultare dal contenuto necessario del contratto stesso, che deve essere firmato dall'investitore a pena di nullità (azionabile solo dal cliente) e che deve essere a lui consegnato in copia. Gli altri obblighi comportamentali, se pure non assurgono a un'importanza

tale da determinare alcuna nullità, in caso di inottemperanza, rilevano comunque, ai fini della configurazione di una responsabilità precontrattuale, se attengono alla fase che precede la stipula del contratto quadro, o contrattuale, se attengono alla fase di attuazione del contratto (v. in questi stessi termini Sez. 1, n. 08462/2014, Didone, Rv. 630886-01).

In tale contesto, non deve sorprendere il ricorso effettuato dalle Sezioni Unite ai canoni della buona fede e della correttezza, nel valutare il comportamento tenuto dalle parti in relazione ad un contratto quadro invalidamente stipulato, tenuto conto che, come sopra evidenziato, a prescindere alla validità o meno del menzionato contratto, il rapporto tra investitore e intermediario è già un rapporto a rilevanza giuridica, affasciato da un coacervo di obblighi di comportamento previsti e disciplinati direttamente dalla legge (e dalle norme regolamentari di attuazione).

Come evidenziato da Sez. U, n. 00898/2018, Di Virgilio, Rv. 646965-01, e *supra* riportato, la nullità prevista dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998 costituisce una sanzione per il mancato adempimento dell'obbligo imposto dalla legge all'intermediario di redigere un contratto per iscritto e di farlo firmare all'investitore ma, secondo quanto evidenziato da Sez. U, n. 28314/2019, Acierno, Rv. 655800-01, l'esperimento della relativa azione si pone in contrasto con il principio di buona fede, ove l'uso selettivo della nullità porti a far lucrare in vantaggio diverso e ulteriore rispetto a quello consentito dalla norma che prevede tale azione. La buona fede deve infatti improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione dello stesso, ma anche nella successiva fase contenziosa (per la rilevanza nel processo della condotta contraria a buona fede del creditore, cfr. ad esempio Sez. 6-L, n. 26089/2019, Cavallaro, Rv. 655428-01; Sez. 6-2, n. 19898/2018, Falaschi, Rv. 650068-01).

È comunque evidente che l'importanza degli istituti convogliati e dei principi coinvolti soprattutto in quest'ultima pronuncia delle Sezioni Unite sono destinati ad alimentare, e certo non a spegnere, l'acceso dibattito già sorto intorno a tali questioni.

X) IL REGIME PROCESSUALE DELLE NULLITÀ NEGOZIALI

(DI LAURA MANCINI)

SOMMARIO: 1. Natura e funzione dell'azione di nullità contrattuale. – 2. L'interesse all'accertamento della nullità quale condizione dell'azione e criterio di determinazione della legittimazione ad agire. – 3. La legittimazione ad agire dei contraenti. – 3.1. L'azione di nullità del contratto *inter alios*. – 4. La legittimazione relativa. – 5. La rilevabilità d'ufficio. – 7. Il giudicato sulla nullità.

1. Natura e funzione dell'azione di nullità contrattuale.

Secondo l'opinione dominante in dottrina l'azione di nullità ex art. 1421 c.c. ha natura dichiarativa (G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, 29 e ss.; V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, 2, Napoli, 1961, 251 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2019) in quanto tende all'accertamento della nullità del contratto, la quale opera di diritto. Soltanto un'opinione isolata (A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, II, 1, 329 e ss.; in giurisprudenza si vedano le remote Sez. 1, n. 2648/1970, Della Valle, Rv. 349071-01; Sez. 1, n. 3820/1980, Bologna, Rv. 407666-01) ne assume la natura costitutiva sul presupposto che la pronuncia alla quale è volta elimina la giuridica rilevanza del negozio nullo, rimuovendone gli effetti legali indiretti che talora questo è idoneo a produrre.

Il fondamento del rimedio è stato individuato nella tutela dell'interesse generale alla certezza del diritto, identificato dalla riflessione dottrinale più risalente nell'esigenza di sicurezza giuridica generata dall'idoneità del negozio a suscitare incertezza sulla propria esistenza ed efficacia, e da opinioni più recenti nell'incertezza soggettiva provocata dalla contestazione della nullità ad opera della controparte (A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, I, 1958, 209) ovvero nell'incertezza oggettiva derivante dalla sussistenza di un contratto che presenti al contempo gli elementi minimi per potersi ritenere esistente ed elementi impeditivi della sua efficacia (G. FILANTI, *Nullità (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; F. PECCENINI, *Commento sub art. 1421 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA-BRANCA, a cura di F. GALGANO, Bologna, 1998, 164).

L'azione di nullità codicistica rappresenta un *unicum* nell'esperienza giuridica europea, non avendo precedenti né nel sistema giuridico italiano anteriore all'emanazione del codice del 1942, né in altri ordinamenti di *civil law*, non potendosi stabilire un parallelismo con il § 256 della ZPO relativo all'accertamento dell'esistenza o inesistenza di un rapporto giuridico (*Feststellungsklage*), ostandovi - al di là dell'affinità semantica di tale accertamento con quello relativo alla validità del contratto, rilevata da alcuni autori - il fatto che nel sistema tedesco l'azione di nullità ha natura costitutiva e, comunque, è esperibile in via residuale soltanto quando non sia possibile o comunque utile un'azione di condanna volta ad ottenere l'esecuzione o la restituzione di una prestazione (§ 43 VwGO).

La peculiarità di tale rimedio e la ragione del suo limitato ambito applicativo si colgono attraverso il raffronto con l'azione di ripetizione dell'indebito. Difatti, ogniqualvolta il contratto nullo venga eseguito, l'interesse all'accertamento dell'invalidità del titolo in via principale perde consistenza e cede il posto a quello per una pronuncia incidentale di nullità funzionale alla condanna alla restituzione ex art. 2033 c.c.

Il fatto che in caso di adempimento del contratto nullo la verifica della nullità degrada necessariamente a questione pregiudiziale ha generato dubbi sull'utilità dell'azione di nullità.

La dottrina più risalente (N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, 333) motivava la superfluità di un'azione di accertamento, in via principale, della nullità negoziale sul presupposto che tale forma di invalidità opera *ipso iure* e che oggetto di accertamento possono essere soltanto diritti soggettivi o rapporti giuridici e, poiché il contratto nullo non è idoneo a generare alcun diritto, rispetto ad esso si configurano soltanto “*situazioni giuridiche preliminari*” (G. FILANTI *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 116), le quali possono essere accertate soltanto in via pregiudiziale e incidentale in altri processi (E. RICCI, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 654)

Il dubbio circa l'utilità dell'azione ex art. 1421 c.c. è stato alimentato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, la quale ha escluso la sussistenza dell'interesse ad agire in nullità nel caso di prescrizione della *condictio indebiti* (Sez. 3, n. 5575/2003, Talevi, Rv. 562014-01; Sez. 3, n. 27334/2005, Segreto, Rv. 590465-01)

Si è, tuttavia, osservato che, anche ove si ritenesse valida la tesi che, sulla premessa della portata assorbente dell'azione di ripetizione dell'indebito rispetto all'azione di nullità, sostiene l'inammissibilità della domanda di nullità nel caso in cui il contratto sia stato eseguito e sia ancora esperibile l'azione di ripetizione dell'indebito, dovrebbe comunque riconoscersi uno spazio di operatività dell'azione di nullità quale “*pura azione preventiva d'accertamento di una qualità del titolo*” (S. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, cit.).

Il rimedio ex art. 1421 c.c. – rileva la dottrina da ultimo richiamata – può, infatti, arrecare utilità alle parti nella misura in cui, a fronte dell'erronea apparenza di validità generata dal contratto nullo, attesta preventivamente l'inesistenza di diritti o rapporti nascenti da quest'ultimo. Un interesse qualificato all'accertamento in via principale della nullità del titolo che non abbia ancora ricevuto esecuzione è, dunque, configurabile e attiene all'accertamento dell'invalidità del contratto quale presupposto dell'inesistenza del diritto preteso. Si tratta, quindi, di un interesse necessariamente riflesso e strumentale in quanto l'accertamento della nullità contrattuale costituisce un mezzo rispetto allo “*scopo ablativo degli obblighi*”

apparentemente riferibili ad esso” (così S. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 753 e ss.).

Un interesse autonomo alla declaratoria di invalidità del contratto in via preventiva non può, invece, essere ravvisato in capo ai terzi (su cui si veda, *infra*, il § 3.1.), rispetto ai quali l'accertamento della nullità costituisce necessariamente un medio logico dell'azione, costitutiva o di condanna, esperita e, precisamente, un accertamento negativo pregiudiziale in via incidentale in vista della decisione su altro oggetto (in questi termini E. RICCI, *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, cit., 662).

In definitiva, stando all'impostazione da ultimo richiamata, per le parti del contratto la nullità può formare oggetto tanto di eccezione, avente ad oggetto un fatto impeditivo dell'efficacia del contratto inteso a paralizzare una pretesa da quest'ultimo nascente; quanto di domanda autonoma proposta in via preventiva al fine di evitare molestie della controparte o dei terzi subacquirenti di buona fede ai quali, con il trascorrere del tempo, la sentenza di nullità non sarebbe più opponibile. In tale ultimo caso la sentenza di nullità accerta, al contempo, che il diritto della controparte non è mai sorto.

2. L'interesse all'accertamento della nullità quale condizione dell'azione e criterio di determinazione della legittimazione ad agire.

L'art. 1421 c.c. riconosce a chiunque vi abbia interesse, salvo che la legge non disponga diversamente, la legittimazione all'esercizio dell'azione di nullità.

L'interesse al quale la disposizione fa riferimento assolve alla precipua funzione di ampliare il novero dei legittimati attivi nel giudizio di nullità oltre i contraenti, in deroga al principio di relatività degli effetti del contratto sancito dall'art. 1372 c.c. In forza di tale disposizione la legittimazione viene, infatti, attribuita non solo ai titolari del rapporto di cui si assume l'invalidità, ma anche ai terzi, titolari di un rapporto distinto, ma da esso dipendente, che subirebbero comunque gli effetti della pronuncia di accertamento (F. PECCENINI, *Commento sub art. 1421 c.c.*, in *Commentario del codice civile SCIALOJA- BRANCA*, cit., 165).

Tale elemento testuale ha indotto la maggior parte degli interpreti (A. BONFILIO, B. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA, M. BESSONE, IV, I, Torino, 1992, 464; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 408) e della giurisprudenza (Sez. 3, Sentenza n. 338/2001, Finocchiaro, Rv. 543069-01; Sez. 2, Sentenza n. 5420/2002, Mensitieri, Rv. 553734-01; Sez. 1, n. 4372/2003, Di Amato, Rv. 561395-01) a ritenere che l'interesse menzionato dall'art. 1421 c.c. non sia sovrapponibile dall'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.

Il lemma “*interesse*” impiegato nell'art. 1421 c.c. assolve, in definitiva, alla funzione di “*criterio di determinazione della legittimazione ad agire*” ed è, quindi, di natura

sostanziale, nel senso che deve ritenersi intimamente connesso con la situazione giuridica soggettiva che il contratto nullo può diminuire o danneggiare, così che può essere identificato con la *“relazione di utilità”* concretamente intercorrente tra la sentenza di accertamento della nullità e la situazione giuridica danneggiata o danneggiabile.

Per quanto concerne, invece, l'interesse ad agire quale condizione dell'azione di nullità, la giurisprudenza di legittimità, sin dalla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 1553 del 27 giugno del 1961 – che enunciò il principio di diritto secondo il quale il carattere generale dell'azione di nullità ex art. 1421 c.c., la quale può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice, non esime il soggetto che la propone dal dimostrare in concreto la sussistenza di un proprio interesse ad agire secondo le norme generali e con riferimento all'art. 100 c.p.c., attraverso la dimostrazione della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto ed il conseguente danno alla propria sfera giuridica. In mancanza della dimostrazione di un concreto interesse ad agire, da parte dell'attore, l'azione di nullità non può essere, almeno di regola proposta sotto la specie di un fine generale di attuazione della legge – ne ha individuato i caratteri indefettibili nella concretezza, effettività, attualità ed apprezzabilità.

Dalla modulazione di tale principio compiuta dalla più recente giurisprudenza di legittimità è scaturita un'ampia elaborazione casistica.

Tra le ultime pronunce emblematica è Sez. 6-2, n. 2489/2019, Criscuolo, Rv. 652507-01, la quale ha stabilito che in materia testamentaria, l'attore titolare della legittimazione ad esercitare le azioni di nullità ed annullamento non è esentato dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire, per cui l'azione stessa non è proponibile in mancanza della prova, da parte del medesimo attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare - attraverso la rimozione degli effetti del testamento impugnato - una lesione attuale del proprio diritto ed il conseguente danno alla propria sfera giuridica.

In materia di contratti bancari Sez. 6-1, n. 21646/2018, Falabella, Rv. 650473-01, ha, invece, chiarito che in tema di conto corrente bancario, l'assenza di rimesse solutorie eseguite dal correntista non esclude l'interesse di questi all'accertamento giudiziale, prima della chiusura del conto, della nullità delle clausole anatocistiche e dell'entità del saldo parziale ricalcolato, depurato delle appostazioni illegittime, con ripetizione delle somme illecitamente riscosse dalla banca, atteso che tale interesse mira al conseguimento di un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non attingibile senza la pronuncia del giudice, consistente nell'esclusione, per il futuro, di annotazioni illegittime, nel ripristino di una maggiore estensione dell'affidamento concessogli e nella riduzione dell'importo che la banca, una volta

rielaborato il saldo, potrà pretendere alla cessazione del rapporto.

In ambito lavoristico interessanti spunti ricostruttivi sono stati offerti da Sez. L, n. 18819/2018, Amendola F., Rv. 649879-01, la quale, ricordando la stretta correlazione dell'interesse ad agire con il principio di economia processuale e di uso responsabile del processo, ha chiarito che in tema di lavoro a tempo determinato, la domanda volta all'accertamento della illegittima apposizione del termine richiede la prova di un interesse concreto ed attuale ad agire ovvero della possibilità di conseguire un risultato concretamente rilevante, in vista della tutela di una lesione non meramente potenziale, ottenibile mediante il processo e l'intervento necessario di un giudice.

Di sicuro rilievo sistematico è, infine, Sez. 2, n. 2447/2014, Carrato, Rv. 629709-01, secondo la quale la legittimazione generale all'azione di nullità, prevista dall'art. 1421 c.c., non esime l'attore dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse, a norma dell'art. 100 c.p.c. non potendo tale azione essere esercitata per un fine collettivo di attuazione della legge.

3. La legittimazione ad agire dei contraenti.

L'estensione della legittimazione riconosciuta dall'art. 1421 c.c. a "*chiunque vi ha interesse*" è, dunque, delimitata da un interesse la cui nozione è ritenuta dagli interpreti concettualmente e funzionalmente distinta rispetto a quella desumibile dall'art. 100 c.p.c.

Secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, rispetto alle parti del contratto della cui validità si discute, l'interesse all'accertamento della nullità è *in re ipsa* e, quindi, la locuzione "*chiunque vi ha interesse*", usata dall'art. 1421 c.c. per individuare i soggetti legittimati ad esperire l'azione di nullità, si riferisce ai terzi che, non avendo sottoscritto il contratto, sono rimasti ad esso estranei (Sez. 2, n. 7017/1994, Vella, Rv. 487538-01; Sez. 3, n. 9010/1999, Fiduccia, Rv. 529479-01). La presunzione di esistenza dell'interesse degli stipulanti, rilevante ai fini della legittimazione, non esime, tuttavia, dal verificare l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., il quale non necessita di dimostrazione quando il contraente agisca per la ripetizione dell'indebito ovvero in rivendica e, quindi, la nullità del contratto costituisca un medio logico della pronuncia di condanna richiesta, mentre deve essere oggetto di attento esame nell'ipotesi di domanda di accertamento della nullità in via principale.

In coerenza con tali assunti, la giurisprudenza ha a più riprese affermato che legittimata alla domanda di nullità è anche la parte che vi abbia dato causa, non trovando applicazione in materia negoziale il principio, di natura esclusivamente processuale, sancito dall'art. 157 c.p.c., a mente del quale la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato

tacitamente (in tal senso si veda Sez. 1, n. 10121/2007, Panzani, Rv. 597009-01).

Contro tale ricostruzione incisive obiezioni sono state mosse da una parte della dottrina (S. PAGLIANTINI *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2011, 407 e ss.), la quale ha evidenziato come la necessità di verificare caso per caso la ricorrenza di un concreto interesse all'azione di nullità trovi, per contro, conferma non solo nelle previsioni, affatto marginali, di nullità relativa testuale disseminate nell'ordinamento e ricadenti nella proposizione eccezzuativa collocata in apertura nel testo dell'art. 1421 c.c., ma anche in una serie di fattispecie in cui l'ammissibilità della denuncia della nullità ad opera della parte che vi abbia dato causa è esclusa *ex lege* (come ad esempio in materia di locazione ad uso abitativo, in cui, il combinato disposto degli artt. 1, comma 4, e 13, comma 6, della legge n. 431 del 1998 esclude che il locatore che, abusando del proprio potere negoziale, abbia ottenuto la stipula verbale del contratto possa esperire l'azione di nullità per difetto di forma *ad substantiam*), o può essere negata in via di interpretazione.

Tale preclusione, evidenzia l'opinione in esame, secondo alcuni trova giustificazione nell'assenza della meritevolezza dell'interesse ad agire (in tal senso si veda S. POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001, 124 e ss.; M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004) e, secondo altri, nel fatto che la domanda di accertamento di nullità ad opera della parte che vi ha dato causa integra un'ipotesi di abuso del diritto di azione (G. VERDE, *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1981, 577 e ss.).

La questione della legittimazione delle parti all'azione di nullità coinvolge, dunque, il più ampio e dibattuto tema dell'abuso dei poteri processuali.

A fronte dell'orientamento che, facendo leva sull'efficacia tipizzata e, quindi, predeterminata degli atti processuali, esclude che rispetto ad essi possa discorrersi di violazione del generale canone di buona fede, si registra, infatti, un indirizzo che propone una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 100 c.p.c. (alla luce degli artt. 24 e 111 Cost.) giungendo a ravvisare nell'abuso dello strumento processuale una violazione del giusto processo.

Per la prima tesi gli effetti tipici dell'atto sono del tutto indipendenti dalla volontà in esso manifestata perché discendono dalla sola conformità al paradigma legale, con la conseguenza che, laddove sia ravvisabile un minimo vantaggio per la parte, non è configurabile un potere del giudice di sindacare la meritevolezza dell'interesse dalla stessa perseguito con l'uso del mezzo processuale (in dottrina si veda M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 449; M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede e abuso degli*

strumenti processuali, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, 708 e ss.; in giurisprudenza Sez. U, n. 108/2000, Finocchiaro, Rv. 535479-01). Ne deriva, stando a questa impostazione, la legittimità *in re ipsa* del fine perseguito in quanto tipico dello strumento processuale prescelto.

L'opposto approccio ermeneutico ha ottenuto autorevole conferma attraverso il nuovo corso della giurisprudenza di legittimità inaugurato dalle Sezioni Unite con la nota pronuncia n. 23726/2007, Morelli, Rv. 599316-01, la quale ha sancito il principio dell'infrazionabilità del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo.

Con specifico riguardo all'azione di nullità del contratto, un autorevole segnale di revisione dell'impostazione tradizionale predicativa della legittimazione *in re ipsa* delle parti del contratto, proviene da Sez. U, n. 18214/2015, Travaglino, Rv. 636227-01, la quale, dopo aver premesso che il contratto di locazione ad uso abitativo stipulato senza la forma scritta ex art. 1, comma 4, della l. n. 431 del 1998 è affetto da nullità assoluta, rilevabile da entrambe le parti e d'ufficio, attesa la *ratio* pubblicistica del contrasto all'evasione fiscale, ha precisato che a tale regime generale fa eccezione l'ipotesi prevista dal successivo art. 13, comma 5 (comma 6 a seguito della riforma introdotta dalla l. n. 208 del 2015), in cui la forma verbale sia stata abusivamente imposta dal locatore, nel qual caso il contratto è affetto da nullità relativa di protezione, denunciabile dal solo conduttore (nello stesso senso si veda anche Sez. 3, n. 14364/2016, Carluccio, Rv. 640577-01).

Per quanto, concerne, infine, i risvolti della struttura plurilaterale del contratto sulla configurazione soggettiva del giudizio di nullità, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che in tal caso non ricorre un'ipotesi di litisconsorzio necessario giacché la pronuncia non ha natura costitutiva, ma si concreta in una declaratoria circa l'idoneità del negozio a produrre effetti nel rapporto tra i litiganti e, come tale, è suscettibile di pratica attuazione nell'ambito di quel rapporto, ancorché non possa fare stato, ad altri effetti, nei confronti di soggetti che, sebbene partecipi del negozio impugnato, siano rimasti estranei al giudizio (si vedano in tal senso, Sez. 1, n. 1125/1966, Leone, Rv. 322253-01; Sez. 2, n. 2685/1969, Mongardi, Rv. 342355-01; Sez. 2, Sentenza n. 729/1973, Coletti, Rv. 362940-01 e, indirettamente, Sez. 2, n. 5179/1991, Carnevale, Rv. 472074-01).

La Corte ha, inoltre, precisato che, premesso che il litisconsorzio necessario ricorre, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, allorquando la situazione sostanziale plurisoggettiva dedotta in giudizio debba essere necessariamente decisa in maniera unitaria nei confronti di tutti i soggetti che ne siano partecipi, onde non privare la decisione dell'utilità connessa all'esperimento dell'azione proposta, e ciò indipendentemente dalla natura del provvedimento richiesto, non rilevando, di per sé, il fatto che la parte istante abbia richiesto una

sentenza costitutiva, di condanna o meramente dichiarativa, ove venga dedotta la nullità di un contratto con pluralità di parti, il litisconsorzio suddetto non è configurabile quando la domanda di nullità, avente natura dichiarativa, sia stata proposta da uno dei contraenti nei confronti di uno solo degli altri, mentre è ravvisabile se la medesima azione sia stata esercitata da un terzo che assuma l'invalidità e l'inefficacia del contratto stipulato *inter alios* (Sez. 1, n. 19804/2016, Lamorgese, Rv. 641841-01).

3.1. L'azione di nullità del contratto *inter alios*.

Si è già evidenziato come l'art. 1421 c.c., nel disporre che la nullità può essere fatta valere "*da chiunque vi ha interesse*", individui, appunto, nell'interesse una "*situazione legittimante*", ossia un criterio di determinazione della *legitimatio ad causam* idoneo ad estendere anche a terzi estranei al vincolo contrattuale il novero dei soggetti ammessi all'azione di nullità.

Occorre, tuttavia, considerare che l'identificazione, proposta dalla dottrina maggioritaria, di tale interesse con l'esigenza di rimuovere l'apparenza di validità del contratto al fine di eliminare gli obblighi da esso apparentemente nascenti, comporta una notevole riduzione dei soggetti ammessi all'esercizio del rimedio.

Ed infatti, se si fa coincidere l'interesse legittimante con l'utilità, strumentale e riflessa, dell'accertamento della nullità rispetto ad altri diritti ed interessi, possono ritenersi legittimati al rimedio soltanto i titolari di un rapporto o di un diritto dipendente dal contratto invalido.

In definitiva, se è vero che la legittimazione all'azione di nullità ex art. 1421 c.c. non coincide necessariamente con la titolarità (affermata) del rapporto giuridico derivante dal contratto invalido, ben potendo essere integrata dalla titolarità di un rapporto diverso, è altrettanto vero che tale ultimo rapporto deve essere avvinto al primo da una relazione di dipendenza "*tale per cui il soggetto che agisce in giudizio, pur essendo terzo rispetto al negozio nullo, subirebbe comunque gli effetti della pronuncia di accertamento*" (così F. PECCENINI, *Commento sub art. 1421 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA-BRANCA, cit., 165, richiamando A. BONFILIO, B. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA, M. BESSONE, cit., 464).

Alla stregua di tale premessa, il fideiussore deve ritenersi legittimato a far valere la nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, atteso il suo interesse a far risultare l'invalidità di tale obbligazione, che determina l'invalidità anche dell'obbligazione fideiussoria, in ragione del suo carattere accessorio (Sez. 1, n. 4605/1983, Caturani, Rv. 429476-01).

E' del pari legittimato il terzo che, ancorché del tutto estraneo al rapporto derivante dal contratto nullo, riceva dall'apparenza da esso creata un danno o una

minaccia (F. PECCENINI, *Commento sub art. 1421 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA-BRANCA, cit., 166).

In questa prospettiva deve ritenersi improponibile la domanda con cui l'attore chieda dichiararsi la nullità, ex art 1418 c.c., di un contratto stipulato da un suo debitore in favore di un terzo e in pregiudizio delle ragioni creditorie, ove non sia provato l'ammontare del credito e l'idoneità del contratto a diminuirne la garanzia patrimoniale (Sez. 1, n. 3024/1977, Battimelli, Rv. 386590-01).

Il socio di società per azioni è, invece, legittimato ad agire per la dichiarazione di nullità del contratto di sottoscrizione di azioni di nuova emissione, stipulato dalla società con i sottoscrittori delle stesse, ove deduca la violazione dell'art. 2342, ult. (divieto di conferimento di opere o servizi), o dell'art. 2358, comma 1, (sostegno finanziario alla sottoscrizione fornito dalla società emittente), quale terzo interessato ai sensi dell'art. 1421 c.c., atteso che dette ipotesi di nullità comportano il rischio della non effettività, totale o parziale, dei nuovi conferimenti e al tempo stesso dell'aumento del capitale sociale, con ricaduta sul patrimonio netto, e tale rischio incide direttamente sul suo interesse (che è esclusivo del socio e non può dirsi assorbito in quello della società) a conservare il valore, in termini sia assoluti che relativi, della sua quota di partecipazione alla società, in quanto, nella misura in cui al formale incremento del capitale - cui corrisponde una riduzione proporzionale della sua quota di partecipazione - non si accompagni un effettivo incremento del patrimonio netto, il valore della quota si riduce, a tutto vantaggio dei sottoscrittori delle nuove azioni (Sez. 1, Sentenza n. 25005/2006, De Chiara, Rv. 594980-01).

Per contro, il socio di società di capitali non è legittimato, per mancanza di interesse, a far valere in giudizio cause di inefficacia o di annullabilità di contratti stipulati, in nome e per conto della società, da *falsus procurator*, ancorché in concorso con un legittimo rappresentante della società medesima, ove lo statuto sociale affidi la rappresentanza congiunta dell'ente a due amministratori (Sez. 1, n. 835/1995, Nardino, Rv. 489912-01).

L'interesse del terzo ad agire per la nullità in relazione ai diritti di proprietà industriale è, invece, espressamente sancito dalla legge (art. 122 cod. pr. ind.).

Per quanto concerne gli aventi causa, anche per tale categoria la condizione indefettibile della legittimazione è costituita dalla sussistenza di un'utilità specifica collegata all'effetto riflesso della declaratoria di nullità

Con specifico riferimento agli aventi causa dall'alienante, va esclusa la legittimazione di coloro verso i quali la declaratoria di nullità non è idonea a spiegare effetti (S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2011, 407 e ss.).

Sono, invece, legittimati all'azione i promissari acquirenti di un fondo

acquistato dall'alienante in spregio al diritto di prelazione ex art. 8 della l. n. 590 del 1965, affermando che in tema di contratti agrari, qualora sia sottoscritto un contratto preliminare di vendita di alcuni fondi, subordinatamente alla condizione del mancato esercizio della prelazione legale da parte degli aventi diritto, e costoro abbiano violato tale condizione, esercitando la prelazione senza essere in possesso dei requisiti prescritti ovvero senza il rispetto delle relative modalità, il promittente acquirente non è titolare di un diritto di prelazione e quindi non può esercitare l'azione di riscatto, potendo invece chiedere sia la dichiarazione di nullità del contratto stipulato dal promissario venditore con il terzo, sia l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. nei confronti del promissario alienante, che non ha mai cessato di essere proprietario del fondo, avendo disposto di questo con atto nullo, pertanto, privo di effetti (Sez. 3, n. 11375/2010, Finocchiaro, Rv. 613349-01).

Inoltre, Sez. 2, n. 4137/1976, Mangia, Rv. 382801-01 ha ritenuto che il successore a titolo particolare nella proprietà condominiale abbia interesse ad impugnare di nullità le deliberazioni dell'assemblea dei condomini, prese prima del suo acquisto, per mancata convocazione del suo dante causa, allorché esse abbiano avuto per oggetto materie (nella specie, tra l'altro, il completamento di opere condominiali e la tabella millesimale) destinate ad incidere nella sua (nuova) sfera giuridica.

Ancora, Sez. 3, n. 8815/1996, Preden, Rv. 500002-01, ha affermato che in materia di contratti di locazione di immobili urbani destinati ad uso non abitativo la vigente normativa, contenuta nella legge 27 luglio 1978 n. 392, consente ai contraenti la libera determinazione del canone iniziale, ma vieta al locatore di pretendere il pagamento di somme, diverse dal canone o dal deposito cauzionale, a fondo perduto o a titolo di "buona entrata", che è privo di ogni giustificazione nel sinallagma contrattuale, e il relativo patto è nullo ai sensi dell'art. 79 della citata legge (perché diretto ad attribuire al locatore un vantaggio in contrasto con le disposizioni in materia), anche se stipulato dal locatore non con il conduttore, ma con un terzo, che ai sensi degli artt. 1421 e 2033 c.c. potrà far valere la nullità del patto e pretendere la restituzione delle somme indebitamente pagate, purché sia accertato un collegamento tra l'accordo e il contratto di locazione, la cui conclusione era condizionata alla attribuzione patrimoniale non giustificata ad altro titolo.

4. La legittimazione relativa.

Il carattere assoluto della legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità sancito dall'art. 1421 c.c. è derogato in forza della clausola di salvezza (*"salvo diverse disposizioni di legge"*), la quale rinvia alle disposizioni che stabiliscono testualmente che la nullità può essere fatta valere da una soltanto delle parti. Si tratta,

innanzitutto, delle ipotesi di nullità protettiva testuale alle quali è correlata una legittimazione relativa.

Vanno, a tal fine, menzionate le fattispecie della vendita dei beni di consumo (art. 134, comma 1, cod. cons.) e della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (artt. 67 *septiesdecies*, comma 4, e *octiesdecies*, comma 1, cod. cons.), della tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 122 del 2005), dei contratti bancari e di credito ai consumatori (art. 127 del d.lgs. n. 385 del 1993), dei contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento (artt. 23, comma 2, 30, comma 7, 100-*bis*, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998) e, a protezione degli assicurati, dei contratti di assicurazione conclusi con imprese non autorizzate (art. 167, comma 2, del d.lgs. n. 209 del 2005).

Nelle ipotesi richiamate la legittimazione relativa è giustificata dall'essere la nullità prevista ad esclusiva tutela del contraente debole.

Per quanto concerne, invece, la nullità delle clausole vessatorie contenute nei contratti con i consumatori di cui all'art. 36, comma 3, cod. cons., in dottrina si registrano due differenti interpretazioni (la divergenza è rilevata da S. PAGLIANTINI, *Commento sub artt. 1421 e 1422 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Torino, 2012, 657 e ss.), posto che, a fronte della tesi prevalente, secondo la quale la disposizione contempla un'ipotesi di nullità a legittimazione relativa assistita da una rilevabilità officiosa che incontra il limite della condotta processuale del consumatore “*sostanzialmente incompatibile col risultato derivante dalla rilevata nullità*” (V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato IUDICA-ZATTI*, Milano, 2001, 845 e 919), altra minoritaria opinione sostiene che la previsione di una nullità che “*opera soltanto a vantaggio del consumatore*”, si riferisca ad una “*nullità parziale unidirezionale più che ad una legittimazione riservata*” (in questi termini A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 432, richiamato in S. PAGLIANTINI, *Commento sub artt. 1421 e 1422 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, cit., 658).

La questione che *in subiecta materia* ha impegnato maggiormente l'opera ricostruttiva degli interpreti è quella della rilevabilità d'ufficio delle nullità relative.

La dottrina dominante tende ad identificare la *ratio* delle nullità protettive nell'ordine pubblico di protezione (G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 606) ovvero di direzione, ossia nell'ordine pubblico economico, formula con la quale si indica il ruolo primario assolto dall'intervento pubblico sull'economia e sull'iniziativa privata anche in funzione di politica sociale (A. ARENIELLO, *Ordine pubblico e funzione notarile*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche*, *Atti del XXXIX Congresso nazionale del notariato*, Milano, 2002, 344-345). La nullità, da sanzione civilistica

diventa uno strumento di protezione volto a scongiurare comportamenti abusivi da parte del contraente forte ai danni della parte debole. Per tale ragione la legittimazione relativa, che costituisce la regola generale in tema di nullità di protezione, lungi dall'essere sintomatica della natura individuale o disponibile dell'interesse, risponde all'esigenza di impedire un utilizzo abusivo della patologia negoziale da parte del contraente forte, in danno del contraente protetto dalla norma di tutela (G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità relative e la sanatoria dei negozi giuridici*, 158, Napoli, 2011).

L'opinione più diffusa in dottrina e la più recente giurisprudenza di legittimità (per cui si veda, per tutte, Sez. U, n. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014) concordano nel ritenere che il rapporto tra nullità assoluta e nullità relativa di protezione non sia di regola a eccezione, ma di *genus ad speciem*, così che le norme codicistiche possono essere applicate nella misura in cui siano compatibili con la speciale *ratio* propria delle nullità protettive, così come sono suscettibili di applicazione analogica le previsioni delle leggi speciali che si rivelino espressione di un principio più generale.

Ne deriva, secondo l'impostazione in esame, che, nelle ipotesi in cui il legislatore non offra indicazioni sullo specifico regime della legittimazione, ove si appuri che la nullità che viene in rilievo assolve ad una funzione protettiva, deve applicarsi analogicamente la regola generale sulla nullità di protezione e quindi la legittimazione riservata al solo contraente debole (in tal senso G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., 16 e ss.).

La disputa dogmatica sulla quale si sono innestati i più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità in materia di nullità protettive è stata vivificata dai contributi offerti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, vera creatrice del modello della nullità di protezione.

E' noto come in un primo momento il giudici di Lussemburgo, adottando un approccio pragmatico alla questione della rilevabilità d'ufficio delle nullità protettive, abbiano ritenuto di perseguire l'obiettivo di protezione del contraente debole qualificando tale potere in termini di mera facoltà e non di potere-dovere (si vedano, a riguardo, le pronunce rese nei casi Océano Grupo Editorial (cause riunite C-240/98 e C-244/98), Cofidis (C- 473/00), Ynos Kft (C-302/04) e Rampion (C-429/05).

La prospettiva è mutata significativamente con la sentenza del 26 ottobre 2006, causa C-168/05, Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium SL, nella quale la Corte di giustizia mostrato di intendere la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione non più in termini di facoltà, ma di obbligo. Alla base di tale mutamento di indirizzo vi è la considerazione della natura pubblica dell'interesse su cui si fonda la tutela garantita ai consumatori.

Con la sentenza del 4 giugno 2009, causa C-243/09, Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gyórfi, la Corte di Lussemburgo ha ribadito il principio di obbligatorietà del rilievo d'ufficio della natura abusiva di una clausola relativa ad un contratto concluso tra un professionista e un consumatore da parte del giudice nazionale, ponendo, inoltre, a carico di quest'ultimo un dovere di interpellato volto a porre il consumatore nelle condizioni di opporsi alla declaratoria di nullità della clausola vessatoria.

Con la pronuncia del 6 ottobre 2009, causa C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez, la Corte si è spinta oltre, chiarendo che la *ratio* delle nullità di protezione viene identificata in un *“canone di un ordine pubblico, che [...] diviene, attraverso una serie di interventi di direzione del mercato e di protezione del contraente economicamente debole, ordine pubblico di protezione proteso a perseguire, attraverso lo strumento negoziale, una politica dirigistica di ricerca dell'equilibrio giuridico nei rapporti negoziali non conclusi fra imprenditori”*. Il rango di norme di ordine pubblico è stato ripreso e sottolineato a più riprese dalla giurisprudenza successiva (tra cui va menzionata, per l'incisività dell'iter argomentativo, Corte di giust., 30 maggio 2013, C- 488/11, Asbeek Brusse).

Sulla stessa linea si è, inoltre, posta la decisione resa nel caso Banco Español de Crédito, del 14 giugno 2012 (causa C-618/10), con la Corte di Giustizia è giunta ad estendere la rilevabilità d'ufficio anche alla fase monitoria del procedimento d'ingiunzione, fase processuale caratterizzata da cognizione sommaria e *inaudita altera parte*.

Con la sentenza del 21 febbraio 2013, causa C-472/11, Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai e Viktória Csipai è stato, infine, chiarito che, ai sensi degli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della Direttiva 93/13/CEE, il giudice nazionale che abbia accertato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale non è tenuto, per poter trarre le conseguenze derivanti da tale accertamento, ad attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola.

Le direttrici ermeneutiche offerte dalla Corte di giustizia dell'Unione europea hanno orientato il corso della giurisprudenza nazionale, la cui evoluzione è stata segnata dai due fondamentali snodi rappresentati dai noti arresti nomofilattici del 2012 (Sez. U, n. 14828/2012, D'Ascola, Rv. 623290-01) e del 2014 (Sez. U, n. 26242/2014, Travaglino, Rv. 633502-01, 633503-01, 633503-01, 633504-01, 633505-01, 633506-01, 633507-01, 633508-01, 633509-01 e n. 26243/2014, Travaglino, Rv. 633558-01, 633559-01, 633560-01, 633561-01, 633562-01, 633563-01, 633564-01, 633565-01).

Con la prima delle suddette pronunce la Corte, nel contesto di una più ampia disamina sul tema della rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale, a proposito

delle nullità relative, ha chiarito che il giudice ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto, purché non soggetta a regime speciale, con esclusione, quindi, delle nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta.

Con le sentenze n. 26242 e n. 26243 del 2014 le Sezioni Unite, chiamate nuovamente a pronunciarsi sul regime processuale delle nullità contrattuali - e, segnatamente, sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità speciali, sui rapporti tra le azioni di risoluzione, annullamento e rescissione e la rilevabilità d'ufficio della nullità, sui rapporti tra l'azione di nullità esperita dalla parte e la rilevabilità officiosa di una nullità negoziale diversa da quella prospettata e sull'efficacia del giudicato, in successivi processi, dell'accertamento della nullità, oggetto del primo giudizio - con specifico riferimento alla rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione cd. virtuali hanno enunciato il principio di diritto secondo il quale *“La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una “species” del più ampio “genus” rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost) e l’uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost) - che trascendono quelli del singolo”*.

La Corte è giunta a tale esito ermeneutico muovendo dall'assunto, ricorrente nella giurisprudenza europea e condiviso dalla dottrina maggioritaria, secondo il quale le nullità protettive sono volte a tutelare interessi e valori fondamentali come il complessivo equilibrio contrattuale e, più in generale, l'integrità e l'efficienza del mercato, tanto che per esse si parla di ordine pubblico di protezione.

Il potere del giudice di rilevare la nullità anche nei casi di nullità protettive è, invero, *“essenziale al perseguimento di interessi di interessi che possono addirittura coincidere con i valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l’uguaglianza quanto meno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell’autonomia negoziale ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese”*.

In netta discontinuità con l'arresto nomofilattico del 2012, la Corte ha, quindi, precisato che il rilievo d'ufficio delle nullità protettive, in quanto volto a rafforzare la tutela accordata alla parte debole del rapporto, la quale potrebbe non essere in grado di usufruire della tutela accordatale, non è incompatibile con la legittimazione relativa.

Il rilievo d'ufficio postula che la nullità emerga dai fatti allegati e dalla documentazione prodotta, che il giudice attivi il contraddittorio sulla questione ai sensi dell'art. 101 c.p.c. e che all'indicazione alla parte del motivo di invalidità non segua la dichiarazione, da parte della stessa, di non volersene avvalere.

Come si avrà modo di chiarire meglio nel prosieguo (si veda, *infra*, il § 5), tale meccanismo processuale postula la distinzione tra l'attività di rilevazione/indicazione e l'attività di dichiarazione della nullità, in forza della quale alla prima non deve conseguire necessariamente la seconda.

Ne discende che, ove il giudice rilevi la nullità del contratto, occorre distinguere il caso in cui alla rilevazione segua la domanda di accertamento della nullità, da quella in cui la parte legittimata chieda, comunque, una pronuncia nel merito. In tale ultima ipotesi, così come in quella in cui il giudice intenda definire il giudizio in base alla cd. ragione più liquida, ovvero, alla luce dell'istruttoria svolta, non ritenga più ravvisabile la rilevata nullità, alcuna declaratoria, neanche in via incidentale, di nullità contrattuale può essere resa.

5. La rilevabilità d'ufficio.

In dottrina predomina l'idea che la rilevabilità d'ufficio sancita dall'art. 1421 c.c. costituisca uno strumento coerente con la funzione di sanzione-rimedio a presidio dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico tipica della nullità (si veda, per tutti, S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, II, 669 e ss.).

Altri autori hanno, invece, identificato il fondamento di tale potere-dovere giudiziale nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei traffici impedendo il formarsi di giudicati sulla validità del negozio nullo ed eliminando atti idonei a suscitare affidamenti essenzialmente precari (G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 135; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 189; A. PASSARELLA, *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *I contratti*, 2013, 1, 81).

In tale prospettiva il rilievo officioso costituisce una deroga al principio della domanda giustificata dall'art. 2907, comma 1, c.c., votata a salvaguardare l'interesse indisponibile protetto dalle nullità e la finalità di conservazione dell'intangibilità della struttura di interessi regolati dall'ordinamento giuridico (M. FRANZONI, *Il contratto annullabile*, in *Trattato Bessone*, XIII, VII, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, 175 e ss.).

Di contrario avviso si è mostrata altra opinione (A. GENTILI, *Le invalidità*, in AA.VV., *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2006, II, 1585, richiamato da S. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 753 e ss.), la quale ha, invece, individuato una serie di ragioni idonee a contrastare la tesi della funzionalizzazione della rilevabilità d'ufficio a un interesse superindividuale, come il fatto che tale tecnica processuale postuli l'introduzione, necessariamente ad iniziativa di parte, di un giudizio avente ad oggetto il contratto nullo; il fatto che la nullità debba risultare dagli atti e dai documenti di causa soggetti al principio dispositivo; il fatto che nel giudizio di nullità del contratto

non è previsto l'intervento del Pubblico Ministero, e che la correlazione tra la rilevabilità d'ufficio e l'interesse superindividuale è, in ogni caso, ravvisabile solo con riferimento all'illiceità e alla contrarietà a buon costume del contratto e non anche in relazione alla mancanza di un elemento strutturale dello stesso.

In giurisprudenza per lungo tempo ha dominato l'orientamento secondo il quale il giudice non può rilevare d'ufficio la nullità, ancorché risultante dagli atti, ove la pronuncia non sia rilevante per la decisione della lite, né può disporre senza istanza di parte indagini volte al relativo accertamento (Sez. U, n. 1553/1961, cit.).

In applicazione di tale principio, la Corte di Cassazione ha affermato che solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti. Al contrario, qualora la domanda sia diretta a far dichiarare l'invalidità del contratto o la risoluzione per inadempimento, la deduzione - nella prima ipotesi - di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda e - nella seconda ipotesi - di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto costitutivo diverso dall'inadempimento, sono inammissibili, né tali questioni possono essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita* (in tal senso, *ex multis*, Sez. 2, n. 2398/1988, Anglani, Rv. 458175-01; Sez. 1, n. 2637/2003, Rordorf, Rv. 560629-01; Sez. 1, n. 18062/2004, Genovese, Rv. 576854-01; Sez. L, n. 19903/2005, Vidiri, Rv. 584615-01).

Da tale impostazione si sono, tuttavia, discostate alcune pronunce (tra cui si vedano Sez. 1, n. 2858/1997, Bibolini, Rv. 503442 - 01; Sez. 2, n. 13628/2001, Settimj, Rv. 549984-01; Sez. 3, n. 23674/2008, Talevi, Rv. 604877-01; Sez. 3, n. 2956/2011, Amendola A., Rv. 616615-01), secondo le quali il giudice può rilevare d'ufficio la nullità di un contratto, a norma dell'art. 1421 c.c., anche se sia stata proposta la domanda di annullamento (o di risoluzione o di rescissione), senza incorrere nel vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto medesimo.

Il giudice deve, pertanto, rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata proposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione del contratto, procedendo all'accertamento incidentale relativo ad una pregiudiziale in senso logico-giuridico (concernente cioè il fatto costitutivo che si fa valere in giudizio - cosiddetto punto pregiudiziale) idoneo a divenire giudicato, con efficacia, pertanto, non soltanto sulla pronunzia finale, ma anche, ed anzitutto, circa l'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda (Sez. 3, n. 6170/2005, Segreto, Rv. 581474-01)

Il contrasto così delineatosi è stato composto dalle Sezioni Unite con la più volte richiamata sentenza n. 14828/2012, D'Ascola, Rv. 623290-01, con la quale è stato enunciato il principio di diritto secondo il quale, alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito, peraltro, accerta la nullità *incidenter tantum* senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste.

Le Sezioni Unite, in linea con la concezione della nullità quale sanzione per il disvalore dell'assetto negoziale, pur optando per la soluzione interpretativa per la quale la l'azione di risoluzione è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, ponendosi la nullità come evento impeditivo logicamente anteriore alla fattispecie estintiva della risoluzione, ne delimitano l'operatività, ritenendo che il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità soltanto se questa emerga dai fatti allegati e provati o, comunque, *ex actis*, previa attivazione del contraddittorio sulla questione, incorrendo altrimenti nel vizio della cd. terza via, e solo se non operi un regime speciale, essendo le nullità di protezione espressamente rimesse al rilievo del contraente protetto e, soprattutto, senza efficacia di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini.

A tale ultimo riguardo la pronuncia del 2012 ha stabilito che “*il giudicato implicito sulla validità del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr. Cass. S.U. 24883/08; 407/11; 1764/11), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della validità del contratto*”.

Con successiva ordinanza interlocutoria depositata il 27 novembre 2012, n. 21083, la Seconda Sezione civile ha ritenuto di dover rimettere gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite della seguente questione di massima di particolare importanza: “*se la nullità del contratto possa essere rilevata d'ufficio non solo allorché sia stata proposta domanda di adempimento o di risoluzione del contratto ma anche nel caso in cui sia domandato l'annullamento del contratto stesso*”. Con ulteriore ordinanza interlocutoria n. 16630 del 2013, la Seconda Sezione civile ha richiesto un nuovo intervento delle Sezioni Unite ritenendo di non condividere pienamente il principio di diritto (e le relative motivazioni a sostegno) della sentenza delle

Sezioni Unite n. 14828/2012, *“nella parte in cui, per un verso, si afferma che, poiché la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere, previa provocazione del contraddittorio sulla questione, di rilevare ogni forma di nullità del contratto stesso (salvo che non sia soggetta a regime speciale) e, per altro verso, si asserisce che il medesimo giudice di merito accerta la nullità “incidenter tantum” senza effetto di giudicato, a meno che non sia proposta la relativa domanda, pervenendosi, tuttavia, alla conclusione che il giudicato implicito sulla validità del contratto si forma tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito (e ciò deve ritenersi si verrebbe a verificare - anche nell'ipotesi come quella specificamente ricorrente nella controversia oggetto del ricorso in esame - di suo rigetto per effetto della ritenuta “ragione più liquida”, ovvero in virtù dell'esclusivo esame di una questione assorbente idonea, da sola, a sorreggere la decisione del giudice adito, che non abbia richiesto alcuna valutazione - nemmeno meramente incidentale - sulle questioni concernenti l'esistenza e la validità del contratto stesso).*

Le più volte citate pronunce nomofilattiche n. 26242 e 26243 del 2014 hanno, quindi, risolto la questione affermando che il rilievo d'ufficio della nullità è ammissibile, oltre che nel giudizio promosso per l'adempimento e la risoluzione, anche in quello instaurato per l'annullamento o la rescissione, e che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare d'ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio.

Con le pronunce in esame si assiste, dunque, al definitivo superamento – in parte avviato dalle Sezioni Unite del 2012 – del principio secondo il quale la nullità non può essere rilevata d'ufficio quando l'attore non abbia richiesto l'esecuzione del contratto, ma la declaratoria di nullità, la rescissione o la risoluzione dello stesso. Il fondamento della precedente impostazione era da identificarsi nell'idea secondo la quale la nullità del contratto resta nell'ambito della domanda proposta e, quindi, può essere rilevata d'ufficio dal giudice solo se opera come ragione di rigetto della pretesa fatta valere, come appunto nel caso in cui l'attore domanda l'attuazione del contratto, mentre, quando questi voglia escluderne gli effetti per ragioni diverse dalla nullità (rescissione, risoluzione, annullamento) che poteva invocare e che non ha invocato, la nullità non integra un fatto impeditivo che può essere fatto valere con l'eccezione, ma configura una ragione che favorisce la pretesa dell'attore, sia pure in termini diversi da quelli prospettati con la domanda e, quindi, l'eventuale rilievo di ufficio si porrebbe in contrasto con il principio della domanda.

Tale indirizzo giurisprudenziale era avversato dalla prevalente dottrina la quale, sia pure con percorsi argomentativi diversi, era orientata ad ammettere il

rilevato d'ufficio nelle cause di impugnativa negoziale (per la cui disamina si veda I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2015, 1, 70 e ss.).

L'assunto della rilevabilità d'ufficio della nullità in tutte le azioni in cui si controverta sul contratto invalido, ivi comprese le impugnative negoziali, riposa sul fondamentale assunto per il quale l'oggetto di tali ultimi giudizi non può essere identificato con i diritti di impugnativa e, segnatamente, con il diritto potestativo fondato sul singolo motivo (di annullamento, rescissione, risoluzione, nullità) dedotto in giudizio, ma con le situazioni soggettive sostanziali sorte dal contratto.

Difatti, chiariscono le Sezioni Unite, *“anche il diritto potestativo (all'annullamento, alla rescissione, alla risoluzione del contratto) postula come oggetto necessario l'esistenza (degli effetti) dell'atto, tanto se di diritto potestativo si discorra nella sua forma sostanziale, quanto se con riferimento a quella del suo necessario esercizio giudiziale: la ricostruzione della tutela costitutiva nella ristretta dimensione del diritto alla modificazione giuridica, ipotizzata come situazione soggettiva rivolta verso lo Stato-giudice, piuttosto che nei confronti della controparte, è destinata a infrangersi sulla più ampia linea di orizzonte rappresentata dalla necessità che il giudice dichiari, in sede tutela costitutiva e non solo, e in modo vincolante per il futuro, il modo d'essere (o di non essere) del rapporto sostanziale che, con la sentenza, andrà a costituirsi, modificarsi, estinguersi”*.

Il rilievo d'ufficio può, pertanto, essere esercitato in tutti i casi in cui oggetto del giudizio sia un negozio ad efficacia eliminabile, nel cui paradigma devono essere ricondotti tanto i negozi invalidi, ma temporaneamente inefficaci (come il negozio annullabile e quello rescindibile), quanto i negozi validi e inizialmente efficaci, soggetti ad un sopravvenuto squilibrio del sinallagma (contratto risolubile). Presupposto necessario di ciascuno di essi è, dunque, l'esistenza di effetti eliminabili *ex tunc*, effetti che sono incompatibili con la nullità cui è, invece, correlata la radicale inefficacia *ab origine* dell'atto.

La ricostruzione delle Sezioni Unite coinvolge anche il tema della rilevabilità, da parte del giudice, di una causa di nullità diversa da quella dedotta dalla parte con la domanda introduttiva.

Premesso che la domanda di accertamento della nullità del contratto integra una domanda autodeterminata, il giudizio sull'invalidità non può che essere definitivo ed omnicomprensivo, a prescindere dai motivi di nullità prospettati dalla parte.

La giurisprudenza anteriore all'arresto nomofilattico era, invece, concorde nell'escludere che il giudice potesse rilevare d'ufficio un motivo di nullità diverso da quello fatto valere dalla parte (Sez. 1, n. 89/2007, Gilardi, Rv. 594360-01, Sez. 3, n. 28424/2008, Bandini, Rv. 605614-01) Sez. L, n. 15093/2009, Bandini, Rv. 608891-01), ritenendo, a tal fine, ostativa la natura eterodeterminata della

domanda.

Contro tale impostazione, in dottrina era diffusa la convinzione secondo la quale la domanda di nullità negoziale è tesa all'accertamento negativo della non validità del contratto e, pertanto, deve identificarsi in ragione di tale *petitum*, consentendo ed anzi imponendo al giudice di accertarne tutte le possibili cause. La sentenza dichiarativa della nullità di un contratto per un motivo diverso da quello allegato dalla parte corrisponde pur sempre alla domanda originariamente proposta, sia per *causa petendi* (l'inidoneità del contratto a produrre effetti a causa della sua nullità), sia per *petitum* (la declaratoria di invalidità e di conseguente inefficacia ab *origine* dell'atto). A fronte di una domanda di accertamento e di declaratoria di nullità del contratto, sussiste, quindi, il potere-dovere del giudice di rilevare anche d'ufficio i diversi motivi di nullità non allegati dalla parte ex art. 1421 c.c., poiché il rilievo non ha più ad oggetto un'eccezione, ma un ulteriore titolo della domanda, in forza del quale essa può trovare legittimo accoglimento a condizione che la diversa causa di nullità emerga dalle rituali allegazioni delle parti o dalle produzioni documentali in atti.

Traendo spunto dalle suddette argomentazioni, le Sezioni Unite hanno, pertanto, concluso che *“la domanda di accertamento della nullità negoziale si presta allora, sul piano dinamico-processuale, a un trattamento analogo a quello concordemente riservato alle domande di accertamento di diritti autodeterminati, inerenti a situazioni giuridiche assolute, anch'esse articolate in base ad un solo elemento costitutivo. Il giudizio di nullità/non nullità del negozio (il thema decidendum e il correlato giudicato) sarà, così definitivo e a tutto campo indipendentemente da quali e quanti titoli di nullità siano stati fatti valere dall'attore”*.

Le pronunce del 2014 hanno offerto importanti precisazioni anche con riferimento alle modalità di rilevazione officiosa della nullità.

Come già evidenziato trattando delle nullità protettive, la Corte distingue tra la rilevazione/indicazione della nullità ex art. 1421 c.c. e la dichiarazione della nullità, precisando come solo la prima di tali attività debba ritenersi obbligatoria per il giudice e come la stessa possa non tradursi in una declaratoria quante volte, trattandosi di nullità relativa, la parte avvantaggiata non intenda avvalersene o il giudice all'esito dell'attività istruttoria, *re melius perpensa*, non ritenga più ravvisabile la rilevata nullità o, infine, lo stesso giudice definisca la controversia sulla base della ragione più liquida.

A fronte dell'indicazione della nullità da parte del giudice, le parti possono richiedere al giudice di pronunciarsi sulla nullità ex art. 34 c.p.c. oppure di decidere sulla domanda originaria.

Con riferimento al primo caso, le Sezioni Unite hanno chiarito che la domanda di nullità non è soggetta alle preclusioni di cui all'art. 183 c.p.c., dovendosi, a tal fine, attribuire al riferimento alle memorie contenenti osservazioni

sulla questione di cui all'art. 101 c.p.c. una portata ampia, tale da consentire anche la proposizione di una domanda formalmente tardiva (in tal senso I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*, cit.).

Ulteriori precisazioni, a riguardo, sono state recentemente offerte da Sez. 2, n. 3308/2019, Oliva, Rv. 652439-01, secondo la quale la rilevazione d'ufficio delle nullità negoziali - sotto qualsiasi profilo, anche diverso da quello allegato dalla parte, e altresì per le ipotesi di nullità speciali o di protezione - è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base a una individuata “ragione più liquida”, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio. La loro dichiarazione, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa - salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte - del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia di giudicato in assenza di sua impugnazione. In applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che la sentenza, emessa in altro giudizio e passata in giudicato, con la quale era stata incidentalmente dichiarata la nullità del contratto preliminare di vendita del diritto d'uso di un box auto, spiegasse i suoi effetti anche nel successivo giudizio instaurato dalla promittente alienante nei confronti dei promissari acquirenti per il rilascio del bene e per il pagamento delle spese di gestione e dell'indennità di occupazione.

Per quanto concerne la proponibilità della domanda di nullità in appello, la sentenza delle Sezioni Unite n. 26243/2014, Travaglino, Rv. 633566-01 dalla lettura coordinata dell'art. 345 c.p.c., che sancisce l'inaammissibilità delle domande nuove proposte dinanzi al giudice dell'impugnazione, e dell'art. 1421 c.c. che consente la rilevabilità d'ufficio senza limitazioni di grado, trae la conclusione che al giudice di appello investito di una domanda nuova di declaratoria di nullità di un negozio del quale in primo grado si era chiesta l'esecuzione, la risoluzione, la rescissione, l'annullamento (senza che il giudice di prime cure abbia rilevato né indicato alle parti cause di nullità negoziale), è preclusa la facoltà di esaminarla perché inammissibile.

Lo stesso giudice del gravame è, invece, tenuto a rilevare d'ufficio una causa di nullità non dedotta né rilevata in primo grado, indicandola alle parti ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c. (norma di portata generale e dunque applicabile anche in sede di appello). In ogni caso, ai sensi dell'art. 345, comma 2, c.p.c., le parti possono riproporre la *quaestio nullitatis* sotto forma di eccezioni rilevabili di ufficio.

In linea con tale impostazione, Sez. U, n. 7294/2017, Frasca, Rv. 643337-01 ha affermato che il potere di rilievo officioso della nullità del contratto spetta

anche al giudice investito del gravame relativo ad una controversia sul riconoscimento di pretesa che suppone la validità ed efficacia del rapporto contrattuale oggetto di allegazione - e che sia stata decisa dal giudice di primo grado senza che questi abbia prospettato ed esaminato, né le parti abbiano discusso, di tali validità ed efficacia - trattandosi di questione afferente ai fatti costitutivi della domanda ed integrante, perciò, un'eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio anche in appello, ex art. 345 c.p.c. (in senso conforme si vedano, altresì, Sez. 6-2, n. 8841/2017, Criscuolo, Rv. 643814-01; Sez. 6-3, n. 19251/2018, Positano, Rv. 650242-01; Sez. 2, n. 26495/2019, Giannaccari, Rv. 655652-01).

7. Il giudicato sulla nullità del contratto.

Tra le questioni connesse all'accertamento giudiziale della nullità negoziale, particolare interesse dogmatico continua a suscitare - nonostante gli interventi nomofilattici del 2012 e del 2014 - quella relativa all'efficacia della statuizione sulla *quaestio nullitatis* che non abbia formato oggetto di domanda di parte, in via principale o in via incidentale ai sensi dell'art. 34 c.p.c., ma che sia stata resa *incidenter tantum* - a seguito del rilievo officioso del giudice - in un giudizio avente ad oggetto l'adempimento, la risoluzione, la rescissione o l'annullamento del contratto.

E', inoltre, controverso se, nel caso in cui la questione non sia stata sollevata, un accertamento implicito sulla 'non nullità' del contratto possa dedursi dalla decisione sulla domanda originaria.

Entrambi i profili evidenziati si inquadrano nella più generale tematica dei limiti oggettivi del giudicato, sulla quale si registrano orientamenti divergenti, posto che una parte degli interpreti propende per la tesi estensiva, in forza del quale il giudicato riguarda anche gli elementi pregiudiziali che costituiscono il presupposto logico necessario ai fini della decisione (in giurisprudenza si vedano, *ex aliis*, Sez. L, n. 4426/2000, Celentano, Rv. 535445-01; Sez. U, n. 6632/2003, Marziale, Rv. 562504-01; Sez. 3, n. 11672/2007, D'Amico, Rv. 596710-01; Sez. L, n. 15093/2009, Bandini, Rv. 608889-01; Sez. L, n. 5581/2012, Meliadò, Rv. 621797-01. In dottrina si vedano M. TARUFFO, «*Collateral estoppel*» e giudicato sulle questioni, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 288 ss.; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, II, Padova, 1982, 119 ss), mentre altra opinione adotta un approccio restrittivo (in tal senso, tra le altre, Sez. 3, n. 11356/2006, Scarano, Rv. 591349-01; Sez. L, n. 4751/1995, Mercurio, Rv. 492060-01; Sez. L, n. 381/1989, Genghini, Rv. 461510-01; Sez. L, n. 4276/1985, D'Alberto, Rv. 441766-01), in forza del quale l'oggetto del giudicato sostanziale è limitato all'accertamento del diritto dedotto con la domanda (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1980, 1153 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 1013;

L. MONTESANO, voce *Accertamento giudiziale*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 5 ss.).

In una posizione intermedia si collocano gli autori che, muovendo dalla distinzione tra pregiudizialità tecnica e logica, ritengono che solo in quest'ultimo caso il giudicato si estenda all'intero rapporto complesso (S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 87 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2013, 164 ss.).

Ai sostenitori della tesi estensiva si deve l'elaborazione della nozione di giudicato implicito, in forza della quale il giudicato si forma non solo su ciò che la sentenza espressamente afferma o nega, ma anche sulle questioni e gli accertamenti che, in quanto rappresentano le premesse necessarie alla decisione, devono ritenersi essere state esaminate dal giudice anche se non risultano menzionate nel percorso motivazionale.

Tale impostazione postula il concetto di decisione implicita, identificabile con la statuizione contenuta in un provvedimento giurisdizionale, ma non espressa in termini linguistici. La volontà decisoria del giudice in relazione al caso concreto viene, infatti, manifestata attraverso il linguaggio, ma il ragionamento sillogistico che è alla base del giudizio, poiché è ispirato ai principi della logica comunemente condivisi, consta, oltre che di proposizioni espresse, anche di proposizioni inesprese, ma implicate da quelle espresse e, quindi, dalle stesse deducibili.

Il giudicato implicito sulle questioni di merito è strettamente collegato alla nozione di pregiudiziale in senso logico, con la quale si indica il fatto costitutivo del diritto che si fa valere (c.d. punto pregiudiziale) o, come si sostiene in dottrina, *“il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio”* (L. DITTRICH, *Diritto processuale civile*, Milano, 2019).

La nozione appena delineata va, come noto, distinta da quella di pregiudiziale in senso tecnico, con la quale si indica una situazione che, pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, è, tuttavia, distinta e indipendente dal fatto costitutivo sul quale si fonda tale effetto e, poiché non concerne l'oggetto del processo, è solamente passibile di accertamento in via incidentale, salvo che per legge o a seguito di apposita domanda formulata da una delle parti non sia richiesta una decisione con efficacia di giudicato.

La pregiudizialità tecnica investe i presupposti dell'effetto dedotto in giudizio, ovvero le circostanze che rappresentano il fondamento giuridico del fatto costitutivo rispetto al diritto dedotto in giudizio. Quella logica indica il collegamento che unisce il rapporto giuridico con l'effetto dedotto in giudizio (S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, 467; in giurisprudenza si veda, da ultimo, Sez. I, n. 9409/2018, Marchese, Rv. 648183-01).

Nella giurisprudenza di legittimità, l'orientamento maggioritario ritiene che l'efficacia del giudicato copre non soltanto la pronuncia finale, ma anche

l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima (emblematica, in proposito è Sez. 3, n. 6170/2005, Segreto, Rv. 581474-01, ma in termini non dissimili si sono espresse, tra le altre, Sez. 1, n. 22520/2011, Salvago, Rv. 620387-01; Sez. 2, Falaschi, n. 15508/2011, Falaschi, Rv. 618651-01; Sez. L, n. 28415/2017, Spena Rv. 646278-01 e, tra le meno recenti, Sez. L, n. 990/1994, Mercurio, Rv. 485168-01; Sez. L, n. 1811/1993, Prestipino, Rv. 480881-01). In tal caso la necessità della formazione del giudicato anche sul punto pregiudiziale (e anche in assenza di un'apposita richiesta) deriva dal fatto che oggetto del *dictum* di merito è, in primo luogo, l'accertamento dell'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda.

Altre decisioni hanno, invece, precisato che la pronunzia di rigetto della domanda, non più soggetta ad impugnazione, non costituisce giudicato implicito - con efficacia vincolante nei futuri giudizi - laddove del rapporto che ne costituisce il presupposto logico-giuridico non abbiano formato oggetto di specifica disamina e valutazione da parte del giudice le questioni concernenti l'esistenza, la validità e la qualificazione. Ne consegue che la sentenza di rigetto della domanda di risoluzione del contratto adottata sulla base del principio della c.d. "ragione più liquida" (in base al quale la domanda può essere respinta sulla base della soluzione di una questione assorbente senza che sia necessario esaminare previamente tutte le altre) ovvero emessa in termini meramente apodittici, senza un accertamento effettivo, specifico e concreto del rapporto da parte del giudice, al punto da risultare un evidente difetto di connessione logica tra dispositivo e motivazione, non preclude la successiva proposizione di una domanda di nullità del contratto (che a norma dell'art. 1421 c.c. il giudice deve rilevare anche d'ufficio non solo se sia stata proposta l'azione di adempimento ma anche se sia stata chiesta la risoluzione o l'annullamento o la rescissione del contratto), in quanto in tal caso si fanno valere effetti giuridici diversi e incompatibili rispetto a quelli oggetto del primo accertamento, sicché, trattandosi di diritti eterodeterminati (per l'individuazione dei quali è cioè necessario fare riferimento ai fatti costitutivi della pretesa che identificano diverse "causae petendi"), non può ritenersi che, all'intero rapporto giuridico, ivi comprese le questioni di cui il primo giudice non abbia avuto bisogno di occuparsi per pervenire alla pronunzia di rigetto, il giudicato si estenda in virtù del principio secondo cui esso copre il dedotto ed il deducibile (Sez. 3, n. 11356/2006, Scarano, Rv. 591349-01; in senso conforme Sez. 3, n. 21266/2007, Scarano, Rv. 599517-01).

Anche in dottrina si registrano soluzioni discordanti.

Secondo una prima tesi, stante la disciplina di cui all'art. 34 c.p.c., il giudicato si forma esclusivamente sul diritto dedotto in giudizio, mentre al di fuori di una previsione legislativa, il dispiegarsi dell'autorità di cosa giudicata sulle questioni

pregiudiziali richiederebbe un'espressa domanda di parte grazie alla quale si determinerebbe un ampliamento dell'oggetto del giudizio (G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 1153 ss.).

Altra opinione ritiene, invece, che nell'art. 34 c.p.c. rientrino le sole questioni pregiudiziali in senso tecnico e non anche quelle in senso logico. Queste ultime, sostanzandosi in antecedenti logico giuridici necessari a pervenire alla statuizione finale, sono investite dal giudicato anche in assenza di domanda (S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 147 ss.). Ne deriva che le questioni di merito giudicate non sono soltanto quelle espressamente risolte, ma anche quelle la cui soluzione è implicita perché costituisce una premessa necessaria della soluzione delle prime (in tal senso si vedano, tra gli altri, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 94 ss.; A. PROTO PISANI, *Note problematiche e no sui limiti oggettivi del giudicato civile*, in *Foro it.*, 1987, I, 446 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale*, I, cit., 163).

Nell'ambito di tale variegato e affatto univoco contesto ermeneutico le più volte menzionate pronunce nomofilattiche n. 26242 e 26243 del 2014, all'esito di un'imponente opera di ricostruzione sistematica, hanno proposto una soluzione in grado di coniugare le opposte istanze di celerità ed economia processuale e di certezza giuridica sottese alle tesi in campo.

Le decisioni affrontano le ipotesi in cui il giudice, in difetto della domanda ex art. 34 c.p.c. sulla questione pregiudiziale di nullità del contratto indicata dal giudice alle parti, si pronunci sulla sola domanda originaria di adempimento, di risoluzione, di rescissione o di annullamento rigettandola o accogliendola.

Se la domanda originaria viene respinta a causa della rilevata nullità del contratto e tale ragione viene esplicitata nella motivazione, la statuizione sull'invalidità è idonea al giudicato tra le parti, nel senso che tale *dictum* sarà tra le stesse vincolante anche in successivi giudizi in cui si faccia ancora questione di diritti nascenti dal contratto nullo, ma non anche nei rapporti con i terzi, per lo meno con riferimento ai contratti aventi ad oggetto diritti soggetti a trascrizione, posto che l'art. 2652 c.c., nel disciplinare la trascrizione della domanda giudiziale, consente l'operatività dell'effetto prenotativo della pubblicità nel solo caso della sentenza di accoglimento della domanda, mentre le pronunce di nullità, di annullamento, di risoluzione, di rescissione o revoca, sono soggette, ai sensi dell'art. 2655 c.c., a semplice annotazione in margine alla trascrizione o iscrizione dell'atto, con effetto a valere dal momento della formalità.

Come evidenziato dalle stesse Sezioni Unite, tale ricostruzione è ispirata alla dottrina tedesca del “vincolo al motivo portante” (A. ZUENER, *Die objectiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959).

In dottrina (C. CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri*

del giudice, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 7 e ss.) è stato precisato che tale teoria “postula il vincolo al motivo portante del precedente giudicato di rigetto in ogni successivo processo nel quale si controverta di diritti ed effetti strettamente collegati al primo da nessi funzionali di “senso giuridico”- uno (forse il più forte) dei quali è la corrispettività delle prestazioni contrattuali - che lo strumento processuale non può né spezzare né disarticolare, ma è chiamato a “rispecchiare”. E la sussistenza di detto nesso funzionale di stretto diritto positivo (c.d. rechtliche Sinnzusammenhang) dipende dall’atteggiarsi del sottostante rapporto sostanziale, ed è dunque più concretamente selettivo rispetto a quello adottato dalla vecchia, e soprattutto ingombrante, dottrina della c.d. pregiudizialità logico-giuridica di cui è eco nella figura (nota solo al codice italiano) degli accertamenti incidentali ex lege. Ipotesi tipica in cui può dirsi sussistente questo rechtliche Sinnzusammenhang è allora proprio quella dei contratti sinallagmatici. Sussiste qui infatti l’esigenza, anch’essa tipica del regime di corrispettività, che le diverse statuizioni di diversi giudici aventi ad oggetto le controprestazioni che trovano titolo nel contratto non solo non si pongano in contrasto tra loro, ma anzi concorrano a dare attuazione allo scambio”.

Quando, invece, il rigetto della domanda sia stato pronunciato senza che la nullità sia stata rilevata d’ufficio e, quindi, neanche dichiarata, si formerà il giudicato implicito sulla validità del negozio, salvo che la decisione risulti fondata sulla ragione più liquida, non potendosi in tale ultimo caso ritenere che la validità sia stata, neanche implicitamente, scrutinata.

Attraverso tale significativa precisazione la Corte mostra di non aderire incondizionatamente al principio del giudicato implicito sul dedotto e sul deducibile.

L’argomento logico per il quale, il giudice, se si è pronunciato su un determinato punto, ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso, deve essere, secondo le Sezioni Unite, opportunamente temperato.

Se, infatti, è vero che l’oggetto della domanda e del processo è il *petitum* sostanziale e processuale dedotto dall’attore e riferito alla sua *causa petendi* così che il giudice è obbligato, anche in assenza di eccezione di parte, a rilevare *ex officio* eventuali profili di nullità della situazione giuridica sostanziale sottesa alla domanda valutata nella sua interezza (e cioè del negozio/rapporto sottostante), non di meno non può escludersi che, in forza dei principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, il processo possa essere definito, senza che la nullità sia dichiarata nel provvedimento decisorio finale, con una pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda (prescrizione, adempimento, mancata scadenza dell’obbligazione), nella consapevolezza di non dovere affrontare, nell’esplicitare le ragioni della decisione, il più vasto tema della validità del negozio, che avrebbe eventualmente imposto una troppo lunga e incerta attività istruttoria.

In caso di accoglimento della domanda, preceduto o meno dal rilievo d'ufficio della nullità, si forma, invece, il giudicato implicito sulla non nullità del contratto, che le parti non potranno più rimettere in discussione.

Si forma, infine, il giudicato implicito sulla validità del contratto quando il giudice, che sia stato investito *ab origine* da una domanda di nullità, la rigetti senza rilevare altra causa di nullità.

In dottrina (I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*, cit.) è stato evidenziato come le Sezioni Unite non abbiano espressamente chiarito se, nel fare riferimento alla nullità dichiarata nella sola motivazione ovvero di giudicato implicito sulla non nullità del contratto abbiano inteso configurare un vero e proprio giudicato idoneo - laddove non vengano in rilievo limiti relativi alla trascrizione - a produrre effetti nei confronti dei terzi – effetti diversi a seconda della tesi che si accolga in tema di limiti soggettivi del giudicato (in tal senso I. PAGNI, op. cit.) -, ovvero soltanto una preclusione per le parti alla proposizione in un successivo giudizio di domande che conducano a risultati contrastanti con l'assetto di interessi regolato dal primo processo (tale ultima opzione interpretativa è fatta propria da C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell')accertamento processuale*, in *Corriere giur.*, 2015, 225 e ss.

XI) LA RILEVAZIONE OFFICIOSA DELLE NULLITA' NEL DIRITTO DEL LAVORO.

(DI LUIGI DI PAOLA)

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La rilevabilità di ufficio della nullità della clausola appositiva del termine nel contratto di lavoro - 3. La non rilevabilità di ufficio della nullità del licenziamento - 4. Implicazioni: ammissibilità o meno della riproposizione dell'azione di impugnativa in relazione a profili diversi.

1. Premessa.

Nell'area del diritto del lavoro la categoria della nullità assume particolare rilievo in due ambiti (nei quali si è rivelato più accentuato il contenzioso), ossia quello del contratto a termine illegittimo in quanto stipulato in difetto dei requisiti di legge (ad esempio, per insussistenza delle ragioni giustificative - secondo la previgente disciplina -, per superamento del termine massimo di durata, per violazione di determinati divieti, per inosservanza degli oneri di forma, etc.) e quello del licenziamento connotato da un forte disvalore (che il legislatore, appunto, ha ritenuto di dover sanzionare con la nullità), in quanto intimato, a titolo esemplificativo, per ragioni discriminatorie o pretestuose, a scopo di ritorsione, oppure in frode alla legge, o, ancora, nella ricorrenza di determinate situazioni nelle quali il legislatore preclude al datore di porre fine al rapporto di lavoro.

L'idea che la clausola appositiva del termine priva dei requisiti di legittimità sia affetta da nullità - con conseguente operatività, in chiave sostitutiva, della norma imperativa imperniata sulla regola della indeterminatezza temporale del contratto di lavoro - è espressa nitidamente nella giurisprudenza della Suprema Corte, e, a quanto consta, non risulta esser mai stata messa in discussione in dottrina.

Si è ritenuto che l'armonia del sistema sia stata tuttavia turbata dall'introduzione, con il c.d. "collegato lavoro" del 2010, di un termine di decadenza per la proposizione dell'impugnativa ad opera del lavoratore, giacché la tardività dell'iniziativa consoliderebbe la situazione di apparenza, in naturale contrasto con la improduttività di effetti insita nella nullità.

Tuttavia l'ordinamento fa notoriamente registrare casi in cui si realizza una sorta di effetto sanante (in senso atecnico) della nullità a seguito del mancato compimento di determinati atti che il legislatore reputa necessari per il conseguimento di un obiettivo di certezza nelle relazioni giuridiche.

Ne costituisce un chiaro esempio, nel settore lavoristico, proprio la disciplina del licenziamento, incentrata (sin dal lontano 1966, anno di emanazione della legge n. 604, la prima recante una disciplina organica dei licenziamenti individuali) sull'operatività della decadenza in tutti i casi di illegittimità dell'atto espulsivo, ossia non solo in caso di annullabilità, ma anche nelle più radicali ipotesi di nullità ed

inefficacia.

Ciò posto, in passato si era sempre ritenuto, con riferimento ad entrambi i predetti ambiti, che, essendo imperniate le azioni di impugnativa sulla nullità, il giudice fosse inevitabilmente vincolato allo specifico motivo dedotto dal lavoratore, essendogli impedita la rilevazione officiosa della nullità sotto profili diversi.

In particolare, era dominante il convincimento - su cui v., tra le altre, Sez. L, n. 15093/2009, Bandini, Rv. 608891-01 - che il principio della rilevabilità d'ufficio della nullità dell'atto va necessariamente coordinato con il principio dispositivo e con quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, e trova applicazione soltanto quando la nullità si ponga come ragione di rigetto della pretesa attorea (ad esempio, di esecuzione di un atto nullo), non anche quando sia invece la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto ad essa pregiudizievole, dovendo in tal caso la pronuncia del giudice essere circoscritta alle ragioni di illegittimità denunciate dall'interessato, senza potersi fondare su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati, giacché in tal caso l'invalidità dell'atto si pone come elemento costitutivo della domanda attorea (più di recente, in tema di licenziamento, v. Sez. L, n. 13673/2015, Tricomi, Rv. 635958-01, ove è statuito che qualora il lavoratore, impugnato il licenziamento, agisca in giudizio deducendo il difetto di giusta causa o giustificato motivo, l'eventuale motivo discriminatorio o ritorsivo, pur ricavabile da circostanze di fatto allegate, integra un ulteriore, e non già compreso, motivo di illegittimità del recesso, come tale non rilevabile d'ufficio dal giudice e neppure configurabile come mera diversa qualificazione giuridica della domanda).

Sennonché, come è noto, le Sezioni Unite (Sez. U, n. [26242](#)/2014, Travaglino, Rv. 633505-01) sono pervenute alla conclusione che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicché è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio.

L'impatto nel diritto del lavoro è stato, come si vedrà, diversificato, avendo giocato in maniera decisiva la diversa natura e struttura (bilaterale, nel contratto a termine, unilaterale, nel licenziamento) degli atti oggetto di impugnazione giudiziale da parte del lavoratore.

2. La rilevabilità di ufficio della nullità della clausola appositiva del termine nel contratto di lavoro.

La S.C., allineandosi all'indirizzo promosso dalla citata sentenza delle Sezioni Unite, ha stabilito - cfr. Sez. 6-L, n. 16977/2017, Doronzo, Rv. 645039-01 - che «I/

giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di accertamento della nullità di un contratto o di una singola clausola contrattuale ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio - previa instaurazione del contraddittorio sul punto - l'esistenza di una causa di nullità diversa da quella prospettata, che abbia carattere portante ed assorbente e che emerga dai fatti allegati e provati o comunque dagli atti di causa, salvo che non si tratti di nullità a regime speciale. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva dichiarato d'ufficio la nullità del contratto, avente ad oggetto un incarico dirigenziale a soggetto non inserito nei ruoli della P.A., rilevando la mancanza della motivazione prevista dall'art. 19, comma 6, del d.lgs. n. 165 del 2001, a fronte di una domanda di accertamento della nullità della apposizione al contratto di un termine inferiore ai tre anni, con richiesta di sostituzione legale, ex artt. 1418 e 1339 c.c., della relativa clausola)».

Tale indirizzo è stato riconfermato, in seguito, con altre pronunzie (Sez. L, n. 20388/2018, Negri Della Torre, Rv. 650120-01, e **Sez. L, n. 8914/2019, Arienzo, Rv. 653218-01**, la quale ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto tardiva la domanda di nullità parziale per insussistenza del documento di valutazione dei rischi, diversa da quella originariamente formulata con il ricorso introduttivo).

La S.C. non si è, allo stato, ancora pronunciata sull'ipotesi in cui la domanda del lavoratore non sia fondata sulla nullità della clausola appositiva del termine.

Un'ipotesi esemplificativa, tratta da vicenda realmente scrutinata in sede di merito (App. Firenze n. 816/2015), è quella in cui il lavoratore agisca per far accertare in via esclusiva la avvenuta cessione di azienda, con conseguente prosecuzione del suo rapporto di lavoro - benché formalmente caratterizzato dalla presenza di un termine già scaduto al tempo della cessione - con il cessionario.

Nella predetta ipotesi non sembrano ravvisabili ostacoli alla rilevabilità officiosa della nullità - ove risultante dagli atti - della clausola appositiva del termine, poiché viene in considerazione l'ulteriore principio, del pari espresso dalla richiamata sentenza delle Sezioni Unite, secondo cui «*Il rilievo ex officio di una nullità negoziale - sotto qualsiasi profilo ed anche ove sia configurabile una nullità speciale o "di protezione" - deve ritenersi consentito, sempreché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata "ragione più liquida", in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione), senza, per ciò solo, negarsi la diversità strutturale di queste ultime sul piano sostanziale, poiché tali azioni sono disciplinate da un complesso normativo autonomo ed omogeneo, affatto incompatibile, strutturalmente e funzionalmente, con la diversa dimensione della nullità contrattuale*».

Tuttavia occorrerà, in tal caso, fare i conti con la decadenza, che dovrà essere eccepita dalla controparte a seguito della necessaria instaurazione del contraddittorio ad opera del giudice; con la conseguenza che, ove l'eccezione appositamente formulata dovesse rilevarsi, all'esito, fondata, il giudice medesimo non potrà dichiarare la nullità della clausola appositiva del termine.

3. La non rilevabilità di ufficio della nullità del licenziamento.

Con una prima pronuncia (Sez. L, n. 17286/2015, Manna A., Rv. 636802-01), la S.C. ha affermato che la nullità di una sanzione disciplinare per violazione del procedimento finalizzato alla sua irrogazione rientra tra quelle cd. di protezione, poiché ha natura inderogabile ed è posta a tutela del contraente più debole del rapporto, vale a dire il lavoratore, sicché è rilevabile d'ufficio.

Tale orientamento è stato subito superato da una successiva sentenza (Sez. L, n. 7687/2017, Di Paolantonio, Rv. 643577-01) nella quale è stato puntualizzato che *«La disciplina della invalidità del licenziamento è caratterizzata da specialità, rispetto a quella generale della invalidità negoziale, desumibile dalla previsione di un termine di decadenza per impugnarlo e di termini perentori per il promovimento della successiva azione di impugnativa, che resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto, non essendo equiparabile all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati; ne consegue che il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte, trovando tale conclusione riscontro nella previsione dell'art. 18, comma 7, della l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, e dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui fanno riferimento alla applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio, quindi affetto da nullità, "sulla base della domanda formulata dal lavoratore"».*

In buona sostanza, secondo il testé illustrato insegnamento - che non sembra collimare con quello di cui è espressione la più volte richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, la quale, con riguardo alle impugnative negoziali, identifica l'oggetto del giudizio nel negozio e nel rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce -, la *causa petendi* dell'azione proposta dal lavoratore per contestare la validità e l'efficacia del licenziamento *«va individuata nello specifico motivo di illegittimità dell'atto dedotto nel ricorso introduttivo, in quanto ciascuno dei molteplici vizi dai quali può derivare la illegittimità del recesso discende da circostanze di fatto che è onere del ricorrente dedurre e allegare».*

Le argomentazioni della Corte fanno perno su due principi portanti, in cui vengono simultaneamente in considerazione entrambi i profili che mettono fuori gioco - in virtù della disposizione contenuta nell'art. 1324 c.c. (recante "Norme applicabili agli atti unilaterali", ove è previsto che "Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale") - l'applicabilità della disciplina dettata in materia di nullità dei contratti alla nullità del licenziamento, ossia, da un lato, quello della sussistenza di "diverse disposizioni" e, dall'altro, quello dell'incompatibilità dovuta alla natura dell'atto.

Il primo principio attiene alla specialità della disciplina della invalidità del licenziamento desumibile dall'esistenza di un doppio termine di decadenza per far

valere ogni sorta di vizio dell'atto espulsivo.

Tuttavia l'effetto preclusivo determinato dalla decadenza potrebbe, nel caso, forse provare troppo, giacché esso è comune anche all'impugnativa della nullità del contratto a termine, rispetto al quale opera, come sopra visto, il rilievo officioso della nullità.

Anche il richiamo alle disposizioni contenute nell'art. 18 st.lav. e nell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, che fanno riferimento alla "domanda formulata dal lavoratore" potrebbe non essere decisivo ai fini della valutazione della questione, giacché le predette disposizioni contemplano solo il licenziamento discriminatorio, ma non le altre ipotesi di nullità; ed in ogni caso la rilevazione officiosa non è sostitutiva della domanda del lavoratore, ma ha una funzione propulsiva, in quanto, una volta evidenziata la questione, starà al lavoratore medesimo introdurre il nuovo motivo oppure no.

Il secondo principio concerne l'oggetto dell'azione di impugnativa, individuato nell'atto e non nel rapporto (di cui accertare la persistenza); sicché la domanda non può essere equiparata, attesa la varietà dei profili di invalidità da cui il recesso può essere affetto, a quella di accertamento di diritti autodeterminati, solo rispetto ai quali si profilerebbe legittima la rilevazione officiosa della nullità.

Tale ultima argomentazione ha una maggiore forza persuasiva, giacché nello schema dell'azione di nullità contrattuale è implicito il richiamo ad un unico fatto costitutivo, facendosi valere la non esistenza del rapporto fondamentale, mentre in quella di impugnativa del licenziamento si verifica il fenomeno contrario, ossia si mira al riconoscimento della persistenza del rapporto quale effetto della nullità del licenziamento stesso; e la nullità in questione, come evidenziato nella sentenza, è suscettibile di essere originata da più fatti, da individuarsi necessariamente fin dall'origine da chi agisce in giudizio, anche in ragione dei vincoli stringenti posti dal rito.

Decisamente sullo sfondo rimane l'eventuale obiezione incentrata sulla potenziale equiparabilità dell'azione di impugnativa del licenziamento nullo a quella di nullità - suscettibile di essere rilevata di ufficio - del negozio bilaterale risolutorio.

Sta di fatto che il predetto orientamento è stato convalidato da successive sentenze (Sez. L, n. 23869/2018, Torrice, Rv. 650548-01, e **Sez. L, n. 9675/2019, Torrice, Rv. 653619-01**), sicché può dirsi, attualmente, consolidato.

4. Implicazioni: ammissibilità o meno della riproposizione della domanda di impugnativa in relazione a profili diversi.

Si tratta infine di stabilire se sia ammissibile la proposizione di una nuova domanda avente ad oggetto stesso *petitum* ma diversa *causa petendi* fondata su un profilo di nullità non dedotto e non rilevato nel primo giudizio.

Con riguardo al contratto a termine, attesa la riconosciuta rilevanza officiosa della nullità - che necessariamente si correla al diritto autodeterminato che si fa valere con l'azione -, dovrebbe valere la regola che è preclusa una domanda successiva alla prima con la quale il lavoratore intenda impugnare lo stesso contratto deducendo un motivo di nullità non evidenziato in precedenza.

Va tuttavia segnalato che la S.C., con una recente sentenza, ha ritenuto che la pluralità di azioni non integri abuso del processo (cfr. Sez. L, n. 3226/2018, Patti, Rv. 646733-01: «*Nel rito del lavoro, la proposizione in giudizio di una domanda relativa a un contratto già impugnato con un precedente ricorso, fondata tuttavia su una diversa causa petendi, non costituisce abuso del processo per ingiustificato e arbitrario frazionamento della domanda, in quanto non mira a realizzare una esclusiva utilità dell'attore e non determina un inutile aggravamento della posizione della controparte. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza che aveva dichiarato inammissibile la domanda di nullità di un contratto a termine con Poste italiane s.p.a., per violazione della clausola di contingentamento di cui all'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 368 del 2001, sul presupposto che il ricorrente aveva già impugnato lo stesso contratto per contrarietà della medesima disposizione alla direttiva 1999/70/CE)*»).

Pertanto, stando a tale orientamento, l'effetto preclusivo non si realizzerebbe in virtù della semplice proposizione della seconda domanda.

Ciò, tuttavia, non dovrebbe escludere che l'effetto in questione possa scaturire a seguito del giudicato di rigetto (attestante la validità della clausola appositiva del termine) formatosi sulla prima, in virtù del "deducibile", la cui nozione è anche proiezione, in qualche modo, del nesso di incompatibilità tra azioni.

Ciò è quanto sembra desumersi da Sez. L, n. 25745/2017, Lorito, Rv. 646114-01, nella quale è stato precisato che il giudicato di rigetto sulla domanda di accertamento della nullità del termine apposto ad un contratto di lavoro stipulato da un dipendente delle Poste s.p.a., per genericità delle mansioni da svolgere e della sede di lavoro, precludesse l'esame in un successivo giudizio della nullità dello stesso termine per violazione dell'art. 8 del c.c.n.l. 1994; nella pronuncia è affermato, per quanto di immediato interesse, che, in linea di massima, tutti i possibili fatti che possano determinare la nullità del contratto concorrono a definire l'unica azione dichiarativa della nullità; e, nel caso, «*tutti i fatti che convergevano a definire la nullità del termine apposto al contratto inter partes concorrevano alla produzione di un medesimo effetto giuridico e, in quanto tali, dovevano rinvenire sede in un medesimo contesto di azione*».

Il che potrebbe portare, in definitiva, a ritenere che nell'azione volta a far valere la nullità del termine apposto al contratto di lavoro l'oggetto della domanda e del processo è unico; con la conseguenza che ove il lavoratore abbia promosso separati giudizi per far valere, in relazione ad un unico contratto, distinte cause di nullità, la domanda successivamente proposta dovrebbe ritenersi sovrapponibile alla prima e suscettibile di riunione ai sensi dell'art. 273 c.p.c. o, ricorrendone le condizioni, attratta nell'area di operatività della litispendenza di cui all'art. 39 c.p.c. (imponendosi la cancellazione dal ruolo della causa che risulti posteriormente iscritta; nel qual caso dovrebbe esser però concesso al lavoratore di integrare la domanda formulata nel primo giudizio con le deduzioni già contenute nel secondo).

Con riguardo al licenziamento, essendosi in presenza di diritto eterodeterminato, sono ammesse più azioni di impugnativa.

Pertanto, in astratto, il lavoratore che avesse impugnato un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo sul presupposto della insussistenza delle ragioni organizzative, potrebbe, con successiva azione, impugnare lo stesso licenziamento deducendone la nullità (insuscettibile di esser rilevata dal giudice nel primo giudizio benché risultante dagli atti).

Qui, per contenere il rischio di proliferazione dei giudizi si può far leva su due barriere preclusive.

La prima potrebbe esser ravvisata nell'effetto impeditivo determinato dal difetto di interesse del lavoratore a far valere un motivo di licenziamento non dedotto nell'azione precedente, sulla scorta del principio affermato dalle Sezioni Unite in materia di divieto di frazionamento della domanda (Sez. U, n. 4090/2017, Di Iasi, Rv. 643111-01, ove è chiarito che «*Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, benché relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi, ma, ove le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, - sì da non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale - le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, e, laddove ne manchi la corrispondente deduzione, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ex art. 183, c.p.c., riservando, se del caso, la decisione con termine alle parti per il deposito di memorie ex art. 101, comma 2, c.p.c.*»).

Potrebbe ipotizzarsi, seguendo tale via, che il lavoratore debba dedurre, con la domanda volta al conseguimento della declaratoria di illegittimità del licenziamento, tutti i possibili vizi afferenti quest'ultimo.

Il secondo giudizio, in tale ottica, dovrebbe esser dichiarato inammissibile ove non emerga l'interesse alla proposizione di un'azione separata.

Qualora invece detto interesse sussista (ad esempio, ove sia stato scoperto il fattore di discriminazione dopo la proposizione del primo giudizio con il quale si era fatto valere il difetto di giusta causa) ed ove si ravvisi tra i due procedimenti una ipotesi di connessione, il secondo potrebbe essere riunito al primo, o riassunto, *ex art. 40 c.p.c.*, per la trattazione unitaria; ove poi quest'ultima non sia, per varie ragioni, possibile, sarebbe ipotizzabile l'utilizzo della sospensione *ex art. 337, secondo comma, c.p.c.* in caso di intervenuta sentenza che accordi la tutela reintegratoria "piena" nel primo giudizio, poiché essa rende inutile il secondo (essendosi in presenza di un concorso di diritti), avendo il lavoratore già conseguito la massima utilità possibile, ovvero la reintegra nel posto di lavoro (ammessa in entrambi i regimi dettati dalla legge "Fornero" e dal *Jobs Act*).

La seconda barriera potrebbe essere offerta dall'operatività della decadenza, ove si ammetta che essa possa essere impedita solo in relazione al vizio esternato nel ricorso giudiziale; sicché, ove il lavoratore abbia fatto valere, ad esempio, solo la insussistenza delle ragioni addotte dal datore a supporto del licenziamento, la decadenza dovrebbe ritenersi impedita solo in relazione a tale azione, e non a quella ipoteticamente proponibile per far valere il motivo illecito o quello discriminatorio (comportanti la nullità del licenziamento).

PARTE TERZA

APPROFONDIMENTI IN TEMA DI NESSO CAUSALE E DANNO

XII) NESSO CAUSALE E INADEMPIMENTO: DA QUESTIONE PROBATORIA A DICRIMINANTE STRUTTURALE

(DI PAOLO SPAZIANI)

SOMMARIO: 1. Le regole di struttura e le regole di funzione in tema di nesso causale. - 2. Il problema della ripartizione dell'onere della prova del nesso causale tra l'esigenza di applicazione della regola generale e quella di armonizzazione dei rimedi contro l'inadempimento. - 3. Il rapporto di causalità quale elemento della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento e oggetto dell'onere probatorio del creditore. - 4. Le obiezioni della dottrina e le possibili repliche. - 5. Le sentenze dell'11 novembre 2019 nn. 28991 e 28992 e la nuova rilevanza del nesso causale quale elemento distintivo strutturale di diverse fattispecie di responsabilità contrattuale in relazione al tipo di obbligazione.

1. Le regole di struttura e le regole di funzione in tema di nesso causale.

Il nesso causale, quale requisito costitutivo della fattispecie di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), ha posto tradizionalmente problemi sia di *struttura* che di *funzione*.

Le *regole di struttura* sono le regole tradizionalmente elaborate dalla dottrina ed accolte in giurisprudenza per accertare la relazione di causalità intercorrente tra un *fatto* (cronologicamente o, comunque, logicamente) *precedente* (la *causa*) e un *fatto* (cronologicamente o, comunque, logicamente) *successivo* (la *conseguenza*).

Nella fattispecie di responsabilità, il fatto (cronologicamente o, comunque, logicamente) precedente è la condotta del danneggiante (*fatto illecito* o *inadempimento*); il fatto (cronologicamente o, comunque, logicamente) successivo è il *danno*.

Poiché il danno può essere inteso come *evento lesivo* o come *conseguenza dannosa risarcibile*, il giudizio causale si scompone, sul piano della struttura, in due autonomi e consecutivi segmenti, il primo volto ad identificare il nesso di *causalità materiale* che lega la condotta all'evento lesivo, il secondo diretto ad accertare il nesso di *causalità giuridica* che lega l'evento lesivo alle conseguenze dannose risarcibili.

Tali segmenti, per consolidato orientamento giurisprudenziale, sono governati da diverse regole di struttura.

Precisamente, la causalità materiale deve essere ricostruita in applicazione delle regole desumibili dagli artt. 40 e 41 c.p. (c.d. teoria della *condicio sine qua non*),

temperate dal principio della c.d. *causalità adeguata* o *regolarità causale* (secondo cui ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito), nonché dal principio che impone di considerare lo scopo della norma violata (*Normzwecklehre*) di cui deve tenersi conto nella ricostruzione della misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (Sez. U., n. 576 del 2008, Segreto, Rv. 600899-01; Sez. 3, n. 10741 del 2009, Spagna Musso, Rv. 608391-01).

Invece, la causalità giuridica deve essere ricostruita in applicazione della regola contenuta nell'art.1223 c.c., richiamato, in sede extracontrattuale, dall'art. 2056 c.c., che impone di accertare la consequenzialità immediata e diretta tra il pregiudizio (*danno emergente* o *lucro cessante*) e l'inadempimento o l'illecito (Sez. 3, n. 21255 del 2013, Travaglini, Rv. 628703-01).

Diversamente da quelle di struttura, le *regole di funzione* attengono, non al momento *sostanziale* della *ricostruzione*, in astratto, del rapporto di causalità, ma al momento *processuale* dell'*accertamento*, in concreto, del predetto rapporto (sia materiale che giuridico) con riguardo ad una specifica fattispecie. Esse, in altre parole, non concorrono a regolare il procedimento logico-giuridico diretto alla rappresentazione concettuale del nesso causale, ma costituiscono i criteri *probatori* da applicare *nel processo* per dimostrare la sussistenza, nel caso specifico, del predetto nesso, e cioè l'inveramento del concetto astratto di causalità, quale risultante dal giudizio formulato in base alle regole di struttura, nella fattispecie concreta.

Con riguardo alle regole di funzione, non rileva la distinzione tra causalità giuridica e causalità materiale ma quella tra responsabilità civile e responsabilità penale, in quanto il regime probatorio applicabile nel processo civile si riconduce alla regola del “*più probabile che non*” o della *preponderanza dell'evidenza*, mentre il regime probatorio applicabile nel processo penale si riconduce a quella della prova “oltre il ragionevole dubbio” (Sez. U., n. 576 del 2008, Segreto, Rv. 600899-01; Sez. 3, n. 10741 del 2009, Spagna Musso, Rv. 608391-01).

La regola del “più probabile che non” costituisce un criterio di determinazione del grado di conferma necessario o sufficiente per ritenere provato un determinato enunciato fattuale sulla base di un ragionamento inferenziale che tiene conto della qualità, quantità, attendibilità e coerenza delle prove disponibili (M. Taruffo, *La valutazione delle prove*, in *Le prove nel processo civile*, Milano, 2012, p. 207 e ss.).

Il giudice è autorizzato a ricorrere a tale criterio in ragione del *principio di libero apprezzamento*, che ne costituisce il fondamento (art. 116, comma 1, c.p.c.).

La valutazione delle prove, che il giudice compie discrezionalmente secondo il suo prudente apprezzamento, trova il suo nucleo centrale nella *formulazione delle*

inferenze probatorie.

Il ragionamento inferenziale si riscontra non solo nel procedimento di valutazione delle prove indirette o per induzione (nelle quali da un fatto noto assunto come premessa, vengono tratte conclusioni intorno alla verità o falsità di un fatto ignorato), ma anche nel procedimento di valutazione delle prove dirette (es. prova testimoniale) e, in genere, in quello riguardante tutte le prove libere, venendo meno soltanto in relazione alle prove legali.

Le inferenze logiche tengono conto della *quantità* e della *qualità* delle prove disponibili, del loro grado di *attendibilità* e della loro *coerenza*. All'aumentare di tali variabili, aumenta, infatti, l'intensità del grado di conferma della verità o falsità dell'enunciato di fatto che ha formato oggetto della prova, in quanto aumenta la probabilità (da intendersi come probabilità logica e non come probabilità statistica) che esso sia effettivamente vero o effettivamente falso.

Quando non provvede la legge a determinare lo *standard* di conferma necessario o sufficiente per ritenere provato un enunciato di fatto, si rende necessario individuare un criterio razionale, al fine di evitare che la discrezionalità del giudice (fondata sul principio del libero apprezzamento) non sconfini nell'arbitrio.

Il criterio del “più probabile che non” o della “probabilità prevalente” risponde a tale esigenza di razionalità poiché consente di ritenere adeguatamente dimostrata (e dunque processualmente provata) una determinata ipotesi fattuale se essa, avuto riguardo ai complessivi risultati dell'esperimento probatorio, appare *più probabile di ogni altra ipotesi*, ed in particolare dell'ipotesi contraria.

Con riguardo alla prova del nesso causale (M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006, pp.129-130), l'applicazione della regola del “più probabile che non” comporta, dunque, che una certa condotta - attiva od omissiva - può essere considerata causa di un evento dannoso nei casi in cui, avuto riguardo ai risultati probatori, le probabilità che esso evento sia la conseguenza di quella condotta risultino maggiori delle probabilità che non lo sia (criterio del “più probabile che non” *propriamente detto*, il quale esige la prevalenza assoluta: 51%), nonché nei casi in cui, pur inserendosi nell'ambito di una pluralità di cause alternative o di possibili concause dell'evento dannoso (tutte con un certo grado di conferma positiva alla luce delle prove acquisite), abbia tuttavia ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma probatoria, ancorché inferiore al 50% (criterio della “prevalenza relativa”) (Sez. 3, n. 158991 del 2011, Travaglino, Rv. 618880-01).

2. Il problema della ripartizione dell'onere della prova del nesso causale tra l'esigenza di applicazione della regola generale e quella di armonizzazione dei rimedi contro l'inadempimento.

In ordine alla responsabilità contrattuale, diversamente da quanto accaduto con riguardo a quella extracontrattuale, si è a lungo dibattuto in giurisprudenza sulla individuazione della parte processuale onerata di introdurre nel processo i mezzi di prova necessari a consentire la formulazione del giudizio inferenziale da parte del giudice.

Per lunga parte del secolo scorso, il contrasto giurisprudenziale aveva riguardato, per la verità, tutti i requisiti costitutivi obiettivi della fattispecie di responsabilità contrattuale (inadempimento, nesso causale, danno), in quanto ad un orientamento maggioritario che ne attribuiva l'onere probatorio al creditore, in rigorosa applicazione della regola generale fissata dall'art. 2697, comma 1, c.c. (cui si sarebbe dovuto fare eccezione solo per l'elemento subiettivo della colpa, oggetto della presunzione stabilita dall'art. 1218 c.c.), si contrapponeva un orientamento minoritario che muoveva dalla diversa esigenza di armonizzazione della disciplina dei vari rimedi contro l'inadempimento delle obbligazioni: in ragione di tale esigenza, dunque, l'onere del creditore avrebbe dovuto essere circoscritto alla dimostrazione della fonte (legale o negoziale) del proprio credito, spettando al debitore la prova di avere esattamente adempiuto all'obbligazione.

Agli inizi del nostro secolo, il contrasto era stato composto, come è noto, dando prevalenza all'orientamento minoritario.

Le Sezioni Unite, infatti, non solo avevano aderito alla tesi che esentava il creditore dall'onere di provare l'inadempimento e addossava al debitore l'onere di provare l'adempimento, sia con riguardo alla fattispecie dell'*inadempimento totale*, sia con riguardo alla fattispecie dell'*adempimento inesatto* (Sez. U, n. 13533 del 2011, Preden, Rv. 549956-01), ma avevano anche precisato - sia pure con riferimento alla peculiare fattispecie della responsabilità del medico e della struttura per inadempimento dell'obbligazione professionale sanitaria - che, una volta dimostrata dal paziente attore la fonte del suo diritto (il contratto o il contatto sociale), egli avrebbe potuto limitarsi ad *allegare* l'inadempimento e la sua astratta idoneità a cagionare il danno lamentato (l'insorgenza o l'aggravamento della patologia), gravando sulla struttura e sul medico convenuti l'onere di provare l'esatto adempimento della prestazione sanitaria o, al limite, l'irrilevanza causale dell'eventuale inesatto adempimento (Sez. U, n. 577 del 2008, Segreto, Rv. 600903-01).

Anche la sussistenza del nesso causale tra l'inadempimento (o inesatto adempimento) e il danno era divenuta, come quella della colpa e della stessa condotta inadempiente, oggetto di una presunzione a carico del debitore, rispetto

alla quale quest'ultimo era tenuto a fornire la prova contraria, residuando, in capo al creditore, oltre quello di mera allegazione, soltanto l'onere di provare il titolo del suo diritto e il pregiudizio subito (Sez. 3, n. 15993 del 2011, Amendola, Rv. 619504-01; Sez. 3, n. 27855 del 2013, Amendola, Rv. 629769-01; Sez. 3, 20547 del 2014, Scrima, Rv. 632891-01; Sez. 3, n. 24073 del 2017, Olivieri, Rv. 645834-01).

3. Il rapporto di causalità quale elemento della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento e oggetto dell'onere probatorio del creditore.

Il regime di ripartizione dell'onere della prova dei requisiti costitutivi della fattispecie di responsabilità contrattuale delineato dalle Sezioni Unite appariva insoddisfacente sia sul piano dogmatico sia sul piano pratico.

Sul piano dogmatico, non appariva pienamente giustificata l'equiparazione di tale regime a quello degli altri rimedi posti a tutela del diritto di credito, atteso che nella domanda di adempimento o di risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.), diversamente che in quella di risarcimento del danno (art. 1218 c.c.), per un verso l'*inadempimento* non rientra tra i *fatti costitutivi* della pretesa (costituendo soltanto un presupposto logico della domanda), mentre, per altro verso, l'*adempimento* si caratterizza come *fatto estintivo* del diritto di credito e forma pertanto oggetto delle eventuali eccezioni del debitore, rientrando tra i fatti che egli ha l'onere di provare, ai sensi dell'art. 2697, comma 2, c.c.. Al contrario, nella domanda di risarcimento del danno contrattuale è l'*inadempimento* ad integrare, insieme al *danno* e al *nesso causale*, la vicenda fattuale *costitutiva* della fattispecie talché il trasferimento di tale vicenda dalla sfera dell'onere probatorio dell'attore (in cui rientra *naturaliter* in base all'art. 2697, comma 1, c.c.) in quella del convenuto, può trovare giustificazione soltanto nei principi di *presunzione di persistenza del diritto* e di *vicinanza della prova*. Ma tali principi, mentre possono essere invocati in relazione al fatto di inadempimento (essendo più agevole per il debitore dare la prova *positiva* del fatto estintivo dell'obbligazione che non, per il creditore, fornire la dimostrazione *negativa* della sua inesistenza), difficilmente possono trovare applicazione in relazione alla dimostrazione del nesso causale tra quel fatto e il danno che ne è conseguito: tanto il nesso causale "materiale" (intercorrente tra l'inadempimento e l'evento di danno) quanto il nesso causale "giuridico" (intercorrente tra l'evento lesivo e le sue conseguenze pregiudizievoli) integrano infatti elementi egualmente "distanti" da entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, talché non può ipotizzarsi a carico del debitore l'onere di fornire una prova liberatoria rispetto all'assenza del nesso di causa analoga a quella richiestagli in relazione all'esattezza dell'adempimento.

Sul piano pratico, la concreta applicazione del regime delineato dalle Sezioni Unite, produceva importanti conseguenze sia in ambito processuale che nella

realtà socio-economica, le quali si facevano particolarmente apprezzare in relazione alle fattispecie di inadempimento delle obbligazioni professionali, tra cui figurano, con peculiare rilevanza, le ipotesi di responsabilità sanitaria.

In ambito processuale, avuto riguardo al carattere tecnico della prestazione e alla sovente necessità di ricorrere ad una consulenza tecnica per accertarne la puntuale esecuzione (e, conseguentemente, sia l'esattezza o meno dell'adempimento sia l'incidenza causale dell'eventuale inesatto adempimento), non era semplice stabilire dove finisse l'onere di allegazione (spettante al creditore) e dove iniziasse l'onere probatorio (spettante al debitore).

Nella realtà socio-economica, per effetto della posizione di eccezionale sfavore in cui era stato proiettato il debitore inadempiente (onerato di fornire la prova liberatoria della irrilevanza eziologica del suo inesatto adempimento) e della conseguente proliferazione, in sede giurisprudenziale, di pronunce di condanna emesse nei confronti delle strutture sanitarie e dei medici al risarcimento del danno in favore dei pazienti, si erano generati effetti negativi sia sulla spesa pubblica (cresciuta a dismisura per effetto dell'aumento degli oneri assicurativi) sia sulla tutela del diritto alla salute, messa in pericolo dal deprecabile fenomeno della cd. medicina difensiva.

Tali effetti, con specifico riguardo al settore medico, hanno indotto, come è noto, il legislatore a ricondurre la materia della responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie sotto una disciplina specifica (l. 8 marzo 2017, n.24), la quale, tra l'altro, con un'opinabile operazione di qualificazione giuridica - ritenuta tuttavia legittima dalla S.C., che ha affermato che la sussistenza del potere del giudice di procedere alla qualificazione dei fatti e dei rapporti giuridici e alla sussunzione degli stessi in una fattispecie legale già presente nell'ordinamento, non esclude la possibilità di riconoscere un omologo potere anche al legislatore, sempre che il suo esercizio non metta in discussione la tutela costituzionale essenziale dei diritti fondamentali che formano oggetto del rapporto medesimo (Sez. 3, n. 28994 del 2019, Valle, Rv. 655792-01) - ha assoggettato l'azione di risarcimento del danno esperita dal paziente nei confronti dell'esercente la professione sanitaria che opera all'interno della struttura alla disciplina della responsabilità extracontrattuale (art.7, comma 3, l. n. 24 del 2017), così consentendo l'adozione di un regime di riparto dell'onere della prova più favorevole al debitore.

Al di là dell'intervento del legislatore - e sempre prendendo le mosse da fattispecie di inadempimento dell'obbligazione professionale sanitaria, ma con l'affermazione di principi destinati ad operare anche al di fuori di tali fattispecie - la giurisprudenza di legittimità ha proceduto ad una operazione di "riequilibrio" del regime di distribuzione dell'onere probatorio del nesso causale nella

responsabilità contrattuale.

In piena conformità al sistema delineato dal codice e desumibile dal combinato disposto della norma generale di cui all'art. 2697 c.c. e di quella speciale di cui all'art. 1218 c.c., è stato così affermato, e reiteratamente ribadito, il principio secondo cui nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del "più probabile che non", causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata (Sez. 3, n. 29315 del 2017, Sestini, Rv. 646653 - 01; Sez. 3, n. 3704 del 2018, Tatangelo, Rv. 647948-01; Sez. 3, n. 20812 del 2018, Rv. 650417-01).

Quando il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta al convenuto dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza (Sez. 3, n. 18392 del 2017, Scoditti, Rv. 645164-01; Sez. 3, n. 26700 del 2018, Guizzi, Rv. 651166-01; **Sez. 3, n. 27606 del 2019, Dell'Utri, Rv. 655640-02**).

Il carattere generale di tali rimeditati principi è dimostrato dalla loro applicazione anche al di fuori delle obbligazioni sanitarie, avendo essi trovato operatività, ad es., in tema di responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 35 *ter* dell'Ordinamento penitenziario (Sez. 3, n. 31556 del 2018, Fiecconi, Rv. 651946) ed essendo stati da ultimo ribaditi - peraltro nell'ambito di un orientamento già precedentemente affermatosi - in tema di responsabilità dell'intermediario finanziario per i danni subiti dall'investitore (**Sez. 1, n. 14335 del 2019, Amatore, Rv. 653890-01**).

Il nesso causale, dunque, costituisce oggetto dell'onere probatorio spettante al creditore in quanto, come tutti gli elementi obiettivi della fattispecie di responsabilità contrattuale, integra un *fatto costitutivo* del diritto al risarcimento del danno.

L'onere di fornire la prova liberatoria - che grava sul debitore inadempiente o inesattamente adempiente e che scatta solo quando il creditore abbia provato gli elementi obiettivi della fattispecie posta a fondamento della domanda risarcitoria - si giustifica in ragione della presunzione di cui all'art. 1218 c.c. e concerne la dimostrazione dell'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile; si tratta - in una prospettiva interpretativa conforme al dettato costituzionale che tiene conto dei criteri di *normalità* e *ragionevolezza* che improntano il vincolo obbligatorio e che dunque rifiuta di concepire una responsabilità per inadempimento estesa sino al limite dell'impossibilità *oggettiva* e *assoluta* - della prova dell'impedimento non prevedibile e non superabile con la diligenza ordinariamente richiesta in ordine al tipo di obbligazione assunta: in una parola,

della prova dell'assenza di colpa.

4. Le obiezioni della dottrina e le possibili repliche.

Non ostante la piena conformità al sistema del codice, il rimeditato orientamento giurisprudenziale in tema di riparto dell'onere della prova sul nesso causale ha incontrato le critiche della dottrina, la quale ha formulato due obiezioni fondamentali.

In primo luogo, si è osservato che nella struttura dell'illecito contrattuale, diversamente che in quella dell'illecito extracontrattuale, non troverebbe spazio la *causalità materiale*, talché, in presenza di un inadempimento, il creditore non sarebbe tenuto a dimostrare il nesso di consequenzialità tra l'evento lesivo e la condotta negligente, imperita o imprudente del debitore, spettando a quest'ultimo l'onere di provare la vicenda estintiva del rapporto, a seguito di esatto adempimento o di impossibilità della prestazione per causa non imputabile.

Nella disciplina della responsabilità contrattuale, diversamente che in quella delittuale, ove il debitore non riesca a fornire la predetta prova liberatoria (e solo allora), si porrebbe, dunque, unicamente un problema di *causalità giuridica*, ovvero della quantificazione dell'entità del danno risarcibile ai sensi dell'art. 1223 c.c..

In secondo luogo, si è osservato che l'art. 1218 c.c. lascerebbe poco spazio alla colpa, evidenziandosi al riguardo, per un verso, che la diligenza nell'adempimento di cui all'art. 1176 c.c. andrebbe valutata in senso oggettivo e, per l'altro, che la nozione di caso fortuito non coinciderebbe con l'assenza di colpa, trattandosi di evento imprevedibile, inevitabile e invincibile del tutto estraneo alla condotta del debitore (A. Procida Mirabelli Di Lauro, in *Danno e responsabilità*, 2019, 2, 248 s.).

Entrambe le obiezioni si espongono ad agevoli repliche.

Alla prima si può rispondere che la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale trova fondamento in una differenziazione ontologica che si riconduce alla natura dell'obbligo violato - specifico nella prima, generico nella seconda - cui conseguono le note differenze in riferimento alla disciplina, ma non si traduce in una distanza strutturale tale da escludere la necessaria presenza, in entrambe, dei requisiti costitutivi dell'illecito civile, atteso che in tanto può configurarsi un diritto al risarcimento in quanto una condotta *contra ius* abbia "cagionato" la lesione di un interesse meritevole di tutela.

Anche nell'illecito contrattuale, dunque, è dato distinguere strutturalmente i diversi requisiti del fatto (l'inadempimento), del danno (l'evento lesivo) e del nesso di causalità materiale (la relazione di causalità tra il fatto e l'evento di danno).

Diversamente opinando, si dovrebbe riconoscere alla fattispecie di responsabilità contrattuale una struttura monistica (costituita dal solo elemento dell'inadempimento) ma tale struttura non giustificerebbe la configurazione di un

rimedio giudiziale (l'azione di risarcimento del danno) diverso dall'azione di adempimento e - limitatamente alle obbligazioni derivanti da contratti sinallagmatici - dall'azione di risoluzione del contratto. La circostanza che, invece, il rimedio risarcitorio possa sempre essere utilizzato unitamente agli altri due rimedi contro l'inadempimento (tra i quali invece sussiste un rapporto di alternatività: art. 1453 c.c.) dimostra che i presupposti dell'uno e degli altri rimedi sono diversi, richiedendosi, per quello risarcitorio, oltre l'inadempimento imputabile (cioè colpevole), anche il danno, che deve necessariamente essere legato all'inadempimento da rapporto di causalità materiale.

Il rilievo che il nesso di causalità che interessa la responsabilità contrattuale non è solo quello giuridico ma anche quello materiale, trova poi un'esplicita conferma positiva nel disposto dell'art. 1227, comma 1, c.c., che stabilisce una riduzione del risarcimento nell'ipotesi in cui il fatto colposo del creditore abbia concorso a "cagionare" il danno, ritenendosi tradizionalmente (v. già Sez. 3, n. 240 del 2001, Segreto, Rv. 543011-01) che tale disposizione, a differenza di quella contenuta nel secondo comma del medesimo articolo, si riferisca al "danno-evento" e non al "danno-conseguenza".

Occorre infine aggiungere che la circostanza - affermata dalla prevalente dottrina e ormai incontrovertita in giurisprudenza - che l'operatività dell'art. 1223 c.c. sia circoscritta ai ccdd. danni-conseguenze, non ridimensiona il problema del nesso causale e della relativa prova nella responsabilità contrattuale, poiché il creditore è pur sempre onerato della dimostrazione del rapporto di *causalità giuridica*, che intercorre tra l'evento lesivo (di cui dunque si conferma la sussistenza e che non può non essere legato da *causalità materiale* con l'inadempimento) e le conseguenze negative risarcibili; la dimostrazione del nesso di causalità giuridica deve essere fornita dal creditore in osservanza del precetto di cui all'art. 2697, comma 1, c.c. (in quanto elemento costitutivo del diritto al risarcimento), dunque prima che scatti, per il debitore, l'onere della prova liberatoria ai sensi dell'art. 1218 c.c..

Quanto alla seconda obiezione, è agevole rilevare che essa, nel riproporre la tesi della *natura oggettiva* della responsabilità contrattuale, aderisce ad una concezione risalente (G. Osti, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 e ss.; Id., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 593), le cui estreme ricadute, inconciliabili con i caratteri di *normalità* e *ragionevolezza* che improntano il vincolo obbligatorio (C.M. Bianca, *Diritto civile 5, La responsabilità*, Milano, 2012, 24) hanno formato oggetto già in passato di autorevoli tentativi di temperamento (E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 107; F. Galgano, in *Contratto e impresa*, 1989, 32; E. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, in

Enc. dir., XXXIX, 1988, 1072) e che è stato successivamente superato non solo nell'evoluzione del pensiero dottrinale (M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975) ma anche - e principalmente - nel diritto vivente giurisprudenziale (C.M. Bianca, *Diritto civile 5, La responsabilità, cit.*, 24-25; Id., *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1277 e ss.).

5. Le sentenze dell'11 novembre 2019 nn. 28991 e 28992 e la nuova rilevanza del nesso causale quale elemento distintivo strutturale di diverse fattispecie di responsabilità contrattuale in relazione al tipo di obbligazione.

I rilievi della dottrina sulla presunta mancanza del nesso di *causalità materiale* nella struttura dell'illecito contrattuale, benché tutt'altro che persuasivi, hanno tuttavia influenzato, in parte, le ultime decisioni della Suprema Corte.

Sempre in tema di inadempimento dell'obbligazione professionale medica, si è infatti bensì ribadito, da un lato, che, ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per inesatta esecuzione della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità tra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie) e la condotta del debitore inadempiente, mentre spetta a quest'ultimo dimostrare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, l'impedimento imprevedibile e inevitabile che ha determinato l'inesattezza adempitiva; ma si è anche specificato, dall'altro lato, che *solo* con riguardo alla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni professionali, il danno evento consta della lesione non dell'interesse strumentale alla cui soddisfazione è preposta l'obbligazione (perseguimento delle *leges artis* nella cura dell'interesse del creditore), ma dell'interesse primario (che nelle obbligazioni mediche è costituito dal diritto alla salute) presupposto a quello contrattualmente regolato (Sez. 3, n. 28991 del 2019, Scoditti, Rv. 655828-01).

Con tale specificazione, la pronuncia in esame (e con essa la successiva pronuncia n. 28992 del 2019, non massimata) ha posto la distinzione, perspicuamente formulata nella motivazione, tra *obbligazioni di dare o facere non professionale* e *obbligazioni di facere professionale*.

La struttura pluralistica tradizionale della fattispecie di responsabilità contrattuale rimarrebbe concettualmente e funzionalmente integra soltanto nelle *obbligazioni di facere professionale* mentre verrebbe parzialmente meno nelle *obbligazioni di dare e in quelle di facere non professionale*.

In queste ultime, infatti, non sarebbe funzionalmente identificabile il *danno-evento*, quale elemento costitutivo autonomo derivante causalmente dall'inadempimento (*causalità materiale*), poiché l'evento lesivo, traducendosi nella lesione dell'interesse creditorio cui la prestazione deve corrispondere (art. 1174

c.c.) finirebbe per coincidere con l'inadempimento.

Di conseguenza, allegare l'inadempimento significherebbe già allegare il *danno-evento* che ne è derivato poiché entrambi si risolverebbero, in sostanza, nella mancata corrispondenza della prestazione all'interesse creditorio.

Ma poiché l'inadempimento non deve essere provato dal creditore, spettando al debitore la prova dell'adempimento, il *danno-evento* (la *causalità materiale*) rimarrebbe fuori dal tema di prova del creditore, il quale sarebbe chiamato a dimostrare soltanto la *causalità giuridica*, e cioè la sussistenza delle conseguenze pregiudizievoli (*danni-conseguenze*) cagionate dall'evento lesivo.

La *causalità materiale* tornerebbe invece ad assumere un'autonomia funzionale (e, dunque, a richiedere una specifica allegazione e una specifica prova) nelle fattispecie di inadempimento delle obbligazioni professionali, poiché in queste la lesione dell'interesse creditorio al diligente esercizio della professione nell'osservanza delle relative *leges artis* (lesione nella quale si traduce l'inadempimento) non concreta di per sé il *danno-evento*, che si integra soltanto con la lesione del (diverso) interesse primario del cliente (interesse alla guarigione, nell'obbligazione del medico; alla vittoria della causa, in quella dell'avvocato) cui l'interesse corrispondente alla prestazione rimasta inesattamente adempiuta era strumentale.

Solo nell'ambito di tali fattispecie di responsabilità, pertanto, il danno evento, quale lesione dell'interesse finale, costituirebbe un *quid pluris* rispetto all'inadempimento (lesione dell'interesse strumentale di cui all'art. 1174 c.c.) e sarebbe possibile dunque individuare tra i due requisiti costitutivi della fattispecie uno scollamento logico (ed eventualmente anche cronologico) che deve essere saldato dal nesso di *causalità materiale*.

Al contrario, nelle fattispecie di responsabilità per inadempimento delle *obbligazioni di dare o di fare non professionale* il danno evento non sarebbe autonomamente individuabile, in quanto non sarebbe ravvisabile la lesione di un interesse diverso da quello cui corrisponde la prestazione *ex art. 1174 c.c.*, talché esso finirebbe per coincidere (logicamente e cronologicamente) con l'inadempimento, e cioè con una vicenda fattuale che esula dal tema di prova del creditore, per rientrare nel tema della prova liberatoria del debitore.

Alla luce di tali rilievi, si delineano, con riguardo alle due tipologie di obbligazioni, due fattispecie di responsabilità strutturalmente diverse in relazione alla diversa morfologia del rapporto di causalità.

Nella fattispecie di responsabilità per inadempimento delle *obbligazioni di fare professionale*, esso rapporto continua a scindersi nei due segmenti della causalità materiale e della causalità giuridica e di entrambi deve fornire la prova il creditore.

Nella fattispecie di responsabilità per inadempimento delle *obbligazioni di dare o*

di facere non professionale, invece, il rapporto medesimo si esaurisce nel solo nesso di causalità giuridica, poiché non è ravvisabile un danno evento autonomamente configurabile rispetto al fatto di inadempimento, riducendosi conseguenzialmente l'area del tema di prova del creditore.

Il problema del nesso causale cessa, dunque, di costituire oggetto di una questione attinente soltanto alla ripartizione dell'onere della prova tra le due parti del rapporto obbligatorio e diviene una discriminante strutturale della fattispecie di responsabilità contrattuale, la cui morfologia muta al mutare della tipologia dell'obbligazione assunta.

Gli esaminati ultimi arresti della Suprema Corte presentano un forte impatto sistematico poiché si pongono in controtendenza rispetto all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale della teorica dell'inadempimento degli ultimi decenni, nella quale si era affermata una concezione della responsabilità contrattuale fondata sull'unicità della regola dettata dall'art. 1218 c.c., in quanto regola generale valevole per ogni tipo di obbligazione.

L'esigenza dell'*unitarietà della disciplina* trovava fondamento nel riscontro dell'*unitarietà strutturale* della fattispecie di responsabilità, la quale era generalmente costituita dai tre elementi *obiettivi* dell'inadempimento, del danno (nei due aspetti di danno evento e di danno conseguenza) e del nesso causale (nei due segmenti della causalità materiale e della causalità giuridica, governati da diverse regole di struttura e dalla medesima regola di funzione), nonché dall'elemento *subiettivo* dell'imputabilità dell'inadempimento medesimo.

In ragione di tale esigenza, si era pervenuti a disattendere, sotto il profilo della responsabilità, le tratte distinzioni tra le diverse tipologie di obbligazioni, in particolare quella tra obbligazioni di mezzi e di risultato, la quale, analogamente a quella tra obbligazioni specifiche e generiche, era stata mantenuta ed utilizzata solo ai fini della classificazione della prestazione e non anche ai fini dell'applicazione di diversi regimi di responsabilità, soggettiva per le prime e oggettiva per le seconde (v., ad es., Sez. U., n. 15781 del 2005, Elefante, Rv. 583089-01; Sez. 2, n. 28575 del 2013, Bursese, Rv. 629241-01).

Le nuove pronunce tornano invece ad introdurre una distinzione strutturale nella fattispecie di responsabilità contrattuale, fondata sulla diversa tipologia di obbligazione.

Si tratta, inoltre, di una distinzione strutturale più rilevante di quella tradizionalmente individuata tra le fattispecie di inadempimento delle obbligazioni specifiche e delle obbligazioni di mezzi e le fattispecie di inadempimento delle obbligazioni generiche e delle obbligazioni di risultato poiché, mentre in queste ultime la variazione strutturale riguardava l'elemento *subiettivo* della fattispecie, l'attuale distinzione attribuisce invece rilevanza all'elemento *obiettivo* del nesso

causale, che si configura diversamente nelle due fattispecie, ampliandone o restringendone la composizione e producendo, conseguentemente, notevoli riflessi sull'ambito dei fatti che costituiscono oggetto dell'onere probatorio delle due diverse parti del rapporto obbligatorio.

I prossimi arresti della S.C. ci diranno se i principi affermati dalle sentenze nn. 28991 e 28992 del 2019 si consolideranno in un preciso indirizzo o se l'autonoma rilevanza del nesso di causalità materiale tornerà ad essere affermata, quale elemento generale della fattispecie unitaria della responsabilità contrattuale, anche con riguardo alle ipotesi di inadempimento delle obbligazioni non professionali, eventualmente in ragione della portata generale del già richiamato disposto dell'art. 1227, comma 1, c.c., nonché del rilievo logico che la prova del rapporto di causalità giuridica presuppone necessariamente l'individuazione, quale suo primo elemento, dell'evento lesivo, il quale intanto assume importanza quale *causa* delle conseguenze negative, in quanto costituisca a sua volta la *conseguenza* dell'inadempimento.

XIII) RAPPORTI TRA GIUDIZIO PENALE E GIUDIZIO CIVILE: IL PROBLEMA DELLA SCELTA DELLE REGOLE DI VALUTAZIONE DEL NESSO CAUSALE NEL GIUDIZIO DI RINVIO A SEGUITO DI ANNULLAMENTO DISPOSTO DALLA CASSAZIONE PENALE AI SOLI EFFETTI CIVILI AI SENSI DELL'ART. 622 C.P.P.

(DI IRENE AMBROSI)

SOMMARIO: 1. Le questioni di rilevanza nomofilattica come enucleate nella nota del Presidente della Terza Sezione Civile. – 2. La decisione n. 15859 del 2019 della Terza Sezione Civile. – 2.1. Il quadro ordinamentale sull'esercizio dell'azione civile nel processo penale attraverso l'esame delle fonti normative di riferimento e i principi affermati dalla Corte costituzionale in proposito. – 2.2. L'ambito applicativo dell'art. 622 cod. proc. pen. – 2.3. Le questioni prospettabili e le possibili tesi ricostruttive. – 3. La soluzione prescelta: il giudizio di rinvio *ex art.* 622 cod. proc. pen. come giudizio autonomo, *sui generis*, restituito alla sede sua propria. – 4. Il principio di autonomia del giudizio di rinvio *ex art.* 622 cod. proc. pen. nei più recenti arresti della giurisprudenza civile di legittimità.

1. Le questioni di rilevanza nomofilattica enucleate nella nota del Presidente della Terza Sezione Civile.

Con nota del 23 ottobre 2018, il Presidente della Terza Sezione Civile ha illustrato una serie di questioni “di rilevanza nomofilattica” che attengono alle regole applicabili nel giudizio di rinvio innanzi alla Corte d'appello civile a seguito di annullamento disposto dalla Corte di cassazione penale ai soli effetti civili ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen.

Le questioni possono così riassumersi:

- se al giudizio di rinvio *ex art.* 622 cod. proc. pen. sia applicabile o meno la disciplina di cui agli artt. 392 e ss. cod. proc. civ.;
- se il giudice civile del rinvio sia vincolato o meno alle statuizioni contenute nella sentenza della Corte di cassazione penale;
- quale sia il criterio applicabile nel giudizio civile di rinvio, alla valutazione sulla sussistenza o meno del nesso causale (civile del “più probabile che non”), enunciato dalle Sezioni unite civili ⁶⁸ o (penale dell’ “alta probabilità logica”) enunciato dalle Sezioni unite penali ⁶⁹;
- se, in caso di sentenza penale irrevocabile di non doversi procedere per

⁶⁸ Corte cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, Segreto, Rv. 600899 - 01.

⁶⁹ Corte cass Sez. un., 1° luglio 2002, n. 30328, Canzio, (Franzese), Rv. 222138 - 01

intervenuta estinzione del reato per prescrizione, il giudice civile del rinvio debba o meno rivalutare interamente il fatto, in via autonoma, tenendo conto di tutti gli elementi di prova acquisiti, nel rispetto del contraddittorio, in sede penale, coerentemente con quanto statuito dalle Sezioni unite civili nella sentenza n. 1768 del 2011 ⁷⁰, circa la mancanza di efficacia extra penale della sentenza di non doversi procedere per prescrizione.

Nella nota del Presidente della Terza sezione civile si afferma che “la *natura* del giudizio di rinvio *ex art. 622 cod. proc. pen.* è quella di *giudizio autonomo* sia in senso strutturale sia funzionale, essendosi verificata una scissione tra le materie sottoposte a giudizio, mediante la restituzione dell’azione civile - con il giudizio di rinvio – all’organo giudiziario cui essa appartiene naturalmente” e che tale giudizio di rinvio soltanto formalmente costituisce una prosecuzione di quello penale, con la duplice conseguenza: per un verso che, sebbene sia tecnicamente regolato dagli artt. 392-394 cod. proc. civ., in esso non è configurabile un vincolo paragonabile a quello derivante dall’enunciazione del principio di diritto *ex art. 384, comma 2, cod. proc. civ.*, e che l’eventuale principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione penale non vincola il giudice civile del rinvio ⁷¹; per l’altro, che è del tutto estranea all’assetto del giudizio di rinvio *ex art. 622 cod. proc. pen.* la possibilità di applicazione di criteri e regole probatorie, quale quella dell’alta probabilità logica, tipiche della fase penale, esauritasi a seguito del rinvio.

Ciò si ritiene confermato sia dal fondamento sotteso all’art. 622 cod. proc. pen., individuato in quello di evitare ulteriori interventi del giudice penale ove non vi sia più nulla da accertare agli effetti penali, sia dall’oggetto del giudizio di rinvio, “costituito da una situazione soggettiva autonoma rispetto a quella posta a fondamento della doverosa comminatoria della sanzione penale. L’interesse civilistico e quello penalistico risultano avere in comune soltanto un fatto, quale presupposto del diritto al risarcimento a un lato, e del dovere di punire all’altro.”

Secondo questa impostazione, il rinvio della Corte di cassazione penale al giudice civile competente “non ha ad oggetto la mera restituzione dell’azione civile all’organo giudiziario a cui essa appartiene ma sembrerebbe operare una *translatio* della competenza funzionale del giudice penale a quello civile poiché rimette in discussione la *res in iudicium deducta*”.

Come esplicitato nell’*incipit* della richiamata nota, il nucleo essenziale del problema rilevato dalla Terza Sezione civile attiene alle regole di valutazione del nesso causale applicabili nei giudizi di rinvio a seguito di annullamento disposto

⁷⁰ Corte cass. Sez. un, 26 gennaio 2011, n. 1768, Spirito, Rv. 616366 - 01

⁷¹ In proposito, nella richiamata nota, provocatoriamente, si afferma che “l’eventuale enunciazione del principio di diritto da parte del giudice penale può considerarsi *tamquam non esset* nel giudizio civile”.

dalla Cassazione penale ai soli effetti civili, ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen.

Il peculiare problema si è posto in quanto alcune pronunce della Quarta Sezione Penale ⁷², in casi di annullamento agli effetti civili di sentenze di assoluzione, con rinvio al giudice civile ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen., hanno affermato che nel successivo giudizio di rinvio ai fini dell'accertamento del nesso di causalità, il giudice civile è tenuto ad applicare le regole di giudizio del diritto penale - e, quindi, il criterio dell' "elevato grado di credibilità razionale" enunciato dalle Sezioni unite Franzese - e non le distinte regole di giudizio consolidate nella giurisprudenza civile (ulteriormente divaricatesi da quelle penali per effetto della differenziata disciplina introdotta dal cd. decreto Balduzzi nel 2012 e dalla successiva cd. legge Gelli Bianco nel 2017 ⁷³), in quanto l'azione civile esercitata nel processo penale è quella per il risarcimento del danno patrimoniale o non, cagionato dal reato, ai sensi degli artt. art. 185 cod. pen. e art. 74 cod. proc. pen.

Con l'affermazione di tali principi, la giurisprudenza di legittimità civile rivendica al giudice civile del rinvio l'autonomia di valutazione dei fatti accertati nel processo penale, mediante l'applicazione dei criteri civilistici di valutazione delle prove.

Per fondare tale autonomia viene offerta, nella medesima nota, un'interpretazione che configura *il giudizio di rinvio ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen. come un giudizio autonomo rispetto a quello penale*, con la conseguenza che la Cassazione penale, nella sentenza che annulli con rinvio ai soli effetti civili ai sensi dell'art. 622

⁷² Corte cass. Sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 11193, Blaiotta, (Cortesi), Rv. 262708; Sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 27045, Cenci (Di Flaviano), Rv. 267730.

⁷³ In particolare L'art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189 (cd. decreto "Balduzzi") prevedeva in tema di responsabilità penale medica che "L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c."

Attualmente, con l'entrata in vigore della legge 8 marzo 2017, n.24 (cd. legge "Gelli-Bianco") il comma 1 dell'art. 3 del decreto Balduzzi è stato abrogato e con nuova formulazione l'art. 6 ha introdotto, dopo l'articolo 590-*quinqies* del codice penale, l'art. 590-*sexies* (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario) prevedendo nel primo comma che: "Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma" e nel secondo che: "qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando siano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

Di sicuro rilievo in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, la sentenza della Sezioni Unite penali Sez. un, 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti, Rv. 272175 – 01 che ha chiarito come l'abrogato art. 3 comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, si configura come norma più favorevole rispetto all'art. 590-*sexies* cod. pen., introdotto dalla legge n. 24 del 2017, sia in relazione alle condotte connotate da colpa lieve da negligenza o imprudenza, sia in caso di errore determinato da colpa lieve da imperizia intervenuto nella fase della scelta delle linee-guida adeguate al caso concreto.

cod. proc. pen., non potrebbe porre vincoli al giudice di rinvio e che “l’eventuale enunciazione del principio di diritto da parte del giudice penale può considerarsi *tamquam non esset* nel giudizio civile”.

Affermazioni di analogo tenore a quelle contenute nella nota a firma del Presidente della Terza Sezione civile sono contenute anche in una recente sentenza della stessa sezione che – rigettando il ricorso per cassazione proposto avverso una sentenza di condanna al risarcimento del danno pronunciata in sede di rinvio *ex art. 622 cod. proc. pen.* - ha espresso il principio di diritto così massimato dall’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte: *“In materia di rapporti tra processo penale e civile, la sentenza di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione del reato, passata in giudicato, non esplica alcuna efficacia vincolante nel giudizio civile di danno, anche quando lo stesso si svolga nelle forme del giudizio di rinvio conseguente a quello penale, ex art. 622 c.p.p., giacché rispetto ad esso – sebbene regolato dagli artt. 392-394 c.p.c. – non è ipotizzabile un vincolo paragonabile a quello derivante dall'enunciazione del principio di diritto ex art. 384, comma 2, c.p.c.”*⁷⁴.

Viene ritenuta, in particolare, la conseguente libertà del giudice civile «nella ricostruzione dei fatti e nella loro valutazione» e la conseguente, legittima applicazione del criterio civilistico del "più probabile che non" nella valutazione del nesso causale, in luogo di quello tipico del processo penale dell'alta probabilità logica⁷⁵.

In merito alle questioni poste dalla richiamata nota, l’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Suprema Corte, su richiesta del Presidente aggiunto della Suprema Corte, ha redatto una relazione tematica depositata il 19 febbraio 2019⁷⁶.

⁷⁴ Corte cass. Sez. 3, 12 aprile 2017, n. 9358, Cirillo, Rv. 644002-01.

⁷⁵ Cass. Sez. 3, 12 aprile 2017, n. 9358, Cirillo, Rv. 644002-01.

⁷⁶ Relazione tematica dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo n. 19 del 19 febbraio 2019.

2. La decisione n. 15859 del 2019 della Terza Sezione Civile.

La Terza Sezione Civile con la pronuncia 12 giugno 2019 n. 15859 ha affrontato le questioni di rilevanza nomofilattica, affermando la piena autonomia di giudizio del giudice civile rispetto a quello penale attraverso il seguente principio di diritto, per come massimato dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: *"Nel giudizio civile di rinvio ex art. 622 c.p.p. si determina una piena "translatio" del giudizio sulla domanda civile, sicché la Corte di appello civile competente per valore, cui la Cassazione in sede penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, applica le regole processuali e probatorie proprie del processo civile e, conseguentemente, adotta, in tema di nesso eziologico tra condotta ed evento di danno, il criterio causale del "più probabile che non" e non quello penalistico dell'alto grado di probabilità logica, anche a prescindere dalle contrarie indicazioni eventualmente contenute nella sentenza penale di rinvio."*⁷⁷.

La sentenza in esame ha esaminato, anzi tutto, il quadro ordinamentale sull'esercizio dell'azione civile nel processo penale, con riferimento ai principi enunciati dalla Corte costituzionale in tema di separatezza e di autonomia tra giudizio civile e penale; in secondo luogo, ha individuato l'ambito applicativo del giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. nonché le possibili tesi ricostruttive in merito alle questioni prospettate; infine ha illustrato la soluzione prescelta ovvero quella di un giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. come giudizio autonomo restituito alla sua sede naturale.

2.1. Il quadro ordinamentale sull'esercizio dell'azione civile nel processo penale attraverso l'esame delle fonti normative di riferimento e i principi affermati dalla Corte costituzionale in materia.

Nella decisione richiamata, anzi tutto il Collegio ha richiamato la disciplina dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale evidenziando le radicali trasformazioni da essa subite nel passaggio dal codice di procedura penale del 1930 a quello del 1988, ispirati a principi profondamente diversi: mentre, nel precedente sistema inquisitorio, essa appariva improntata al principio della unitarietà della funzione giurisdizionale - e quindi del primato della giurisdizione penale e della sua pregiudizialità - nel novellato ordinamento processuale, ispirato al sistema accusatorio, si afferma il diverso principio della parità dei diversi ordini giurisdizionali e della sostanziale autonomia e separazione dei relativi giudizi.

Il nuovo codice di procedura penale - pur disattendendo la proposta di escludere *tout court* dal processo la possibilità di costituzione della parte civile, in quanto istituto storicamente coerente con sistemi processuali di tipo inquisitorio - ha previsto un assetto dell'azione civile nel processo penale profondamente diverso da quello del codice previgente, ispirandosi al *principio della parità ed*

⁷⁷ Cass. Sez. 3, 18 aprile 2019, n. 15859, Tatangelo, Rv. 654290-01.

originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e della separazione e dell'autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale, eliminando la pregiudizialità necessaria del processo penale rispetto a quello civile di danno e ridimensionando notevolmente gli effetti della sentenza penale irrevocabile nel processo civile in cui venga proposta la domanda di risarcimento.

In primo luogo, la Corte richiama il dettato dell'art 75, comma 2, cod. proc. pen. ove si prevede, difatti, *l'assoluta autonomia dell'azione civile rispetto al parallelo processo penale*. Venuta meno la sospensione necessaria del processo civile fino alla pronuncia della sentenza penale irrevocabile, l'azione civile proposta innanzi al giudice civile prosegue in tale sede ove non venga trasferita nel processo penale alle condizioni previste dall'art. 75, comma 1, cod. proc. pen., e vengono distinti il ruolo della persona offesa dal reato - portatrice di un interesse penale finalizzato alla repressione del fatto criminoso - e quello del danneggiato dal reato che, costituendosi parte civile, mira soltanto al risarcimento dei danni cagionati dal reato⁷⁸.

In proposito, il Collegio osserva che, pur mantenendo intatta la possibilità della costituzione di parte civile, il codice del 1988 incentiva, nella sostanza, l'esercizio dell'azione civile nella sede sua propria, prevedendo, in tal caso, che, ove il processo penale si concluda con una sentenza irrevocabile di condanna, tale sentenza abbia efficacia di giudicato nel giudizio civile quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso (art. 651 cod. proc. pen.). Viceversa, lo stesso codice di rito esclude un'analoga efficacia della sentenza irrevocabile di assoluzione, la quale - grazie alla "clausola di salvaguardia" contenuta nella parte finale dell'art. 652, comma 1, cod. proc. pen. - non produce effetti nel giudizio civile ove l'azione civile sia stata proposta davanti al giudice civile prima della sentenza penale di primo grado, e non sia stata trasferita nel processo penale. Ai sensi dell'art. 652 cod. proc. pen., l'efficacia di giudicato nel giudizio civile di danno della sentenza irrevocabile di assoluzione è poi limitata all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima, e si esplica solo nei confronti del danneggiato che si sia costituito o sia stato posto in condizioni di costituirsi parte civile, e non abbia esercitato l'azione civile in sede propria ai sensi dell'art. 75, comma 2, cod. proc. pen.

Il Collegio rammenta, sul punto, che l'art. 652 cod. proc. pen. trova comunque applicazione nel solo caso di giudizio autonomamente instaurato innanzi al giudice

⁷⁸ In argomento, di recente, nel senso di un'interpretazione fortemente restrittiva della portata della norma, Cass. S.U. 21 maggio 2019, n. 13661, Perrino, Rv. 653898 - 01.

civile, dal primo grado, e non anche nel caso di annullamento con rinvio al giudice civile competente per valore in grado d'appello ai sensi dell'art. 622 cod. proc. pen.: in quest'ultimo caso, infatti, la sentenza di assoluzione dell'imputato, annullata su ricorso della parte civile, pur restando ferma agli effetti penali, non produce effetti extra penali⁷⁹; in proposito, secondo l'insegnamento di una pressoché unanime dottrina, nei casi in cui sia prevista l'efficacia extra penale della sentenza penale irrevocabile ove non debba aver luogo la sospensione del processo civile, si afferma che la sentenza penale avrà efficacia nel giudizio civile soltanto ove il giudicato penale si formi in tempo utile per essere fatto valere in sede civile (con la conseguenza che, nel caso opposto, potrà solo utilizzarsi, ricorrendone i presupposti, il rimedio della revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ.); infine, che l'art. 538, comma 1, cod. proc. pen. ha continuato a collegare (nonostante le contrarie proposte avanzate in sede di progetto preliminare) in via esclusiva la decisione sulla domanda della parte civile alla condanna dell'imputato ("... quando pronuncia sentenza di condanna, il giudice decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli articoli 74 e seguenti").

In questa ottica, osserva la Corte, la condanna penale è, pertanto, l'indispensabile presupposto dell'accoglimento dell'azione civile: e il collegamento stabilito dall'art. 538 cod. proc. pen. tra la decisione sulle questioni civili e la condanna dell'imputato - che riflette il *carattere accessorio e subordinato dell'azione civile proposta nel processo penale* rispetto agli obiettivi propri dell'azione penale, che si focalizzano sull'accertamento della responsabilità *ex delicto* dell'imputato - è stato ritenuto dalla Corte costituzionale non in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., atteso che "l'impossibilità di ottenere una decisione sulla domanda risarcitoria, laddove il processo penale si concluda con una sentenza di proscioglimento per qualunque causa (salvo che nei limitati casi previsti dall'art. 578 cod. proc. pen.) costituisce uno degli elementi di cui il danneggiato deve tener conto nel quadro della valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi delle due alternative che gli sono offerte". In tale occasione, la Corte costituzionale ha avuto altresì occasione di affermare la compatibilità di tale assetto con il principio di ragionevole durata del processo, in quanto "la preclusione della decisione sulle questioni civili, nel caso di proscioglimento dell'imputato per qualsiasi causa - compreso il vizio totale di mente - se pure procrastina la pronuncia definitiva sulla domanda risarcitoria del danneggiato, costringendolo ad instaurare un autonomo

⁷⁹ Cfr. sull'inefficacia del giudicato penale di assoluzione nel giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen., Cass. Sez. 3, 24 novembre 1998, n. 11897, Durante, Rv. 521054 – 01. V., da ultimo, Cass., Sez. 3, 20 dicembre 2018, n. 32929, Scrima, Rv. 652072 - 01.

giudizio civile, trova però giustificazione nel carattere accessorio e subordinato dell'azione civile proposta nell'ambito del processo penale rispetto alle finalità di quest'ultimo, e segnatamente nel preminente interesse pubblico (e dello stesso imputato) alla sollecita definizione del processo penale che non si concluda con un accertamento di responsabilità, riportando nella sede naturale le istanze di natura civile fatte valere nei suoi confronti. Ciò, in linea, una volta ancora, con il favore per la separazione dei giudizi cui è ispirato il vigente sistema processuale⁸⁰. La Corte costituzionale - con una affermazione di sicuro rilievo per la fattispecie esaminata - ha ritenuto l'assoluta compatibilità del sistema nazionale con l'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, e stabilisce l'obbligo degli Stati membri di garantire alla vittima "il diritto di ottenere una decisione in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale entro un ragionevole lasso di tempo", trattandosi di obbligo "espressamente subordinato alla condizione che «il diritto nazionale [non] preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario»⁸¹.

Tuttavia, con la sentenza penale di condanna, la domanda civile non necessariamente deve essere accolta, in quanto, ove il giudice ritenga non sussistere il danno dedotto (ovvero che tale danno non sia connesso al reato), egli rigetterà la domanda di parte civile: l'art. 538, comma 1, cod. proc. pen. prevede, difatti, che, quando pronuncia sentenza di condanna, il giudice "decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno", con disposizione innovativa rispetto al vecchio codice. In tal caso, la sentenza di condanna penale, pronunciando altresì sull'azione civile, ha efficacia preclusiva di un nuovo giudizio in sede sua propria - a meno che, nel successivo e autonomo giudizio civile, il danneggiato già costituitosi parte civile non faccia valere diverse e distinte ragioni di danno, ovvero rappresenti un *petitum* diverso da quello originario.

In caso di sentenza penale di assoluzione o di non doversi procedere, invece, il giudice non si pronuncia sull'azione civile, la quale potrà essere comunque riproposta nella sede sua propria, in quanto, a differenza che nel codice abrogato, il codice vigente non prevede formule di proscioglimento preclusive alla sua riproposizione, ma soltanto accertamenti ostativi, se fatti valere in sede civile, all'accoglimento del merito della domanda di chi si pretende danneggiato dal reato. L'art. 652 cod. proc. pen., infatti, a differenza dell'art. 25 del codice abrogato, non prevede, in caso di sentenza dibattimentale di assoluzione, il divieto di riproporre

⁸⁰ Corte cost. sent. n. 12 del 2016.

⁸¹ Test. Corte cost., sent. n. 12 del 2016.

l'azione civile in sede propria, ma soltanto l'efficacia di giudicato, nel giudizio civile di danno, di taluni accertamenti contenuti nella sentenza irrevocabile di assoluzione nei confronti di chi sia costituito o sia stato posto in grado di costituirsi parte civile, e non abbia esercitato l'azione civile ai sensi dell'art. 75, comma 2, cod. proc. pen., cioè *ab initio* nella sede propria.

Sottolinea il Collegio, inoltre, che il codice di rito penale introduce, peraltro, una disposizione - di carattere eccezionale⁸² rispetto alla regola secondo cui il giudice penale non si pronuncia sull'azione civile in caso di sentenza di proscioglimento - contenuta nell'art. 578 cod. proc. pen., a mente della quale, se è stata pronunciata condanna, anche generica, dell'imputato alle restituzioni o al risarcimento dei danni a favore della parte civile, il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare estinto il reato per amnistia o per prescrizione, decidono comunque sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili. La norma, ispirata ad esigenze di economia processuale (cioè quella di evitare che il giudizio sulle restituzioni o il risarcimento debba ricominciare davanti al giudice civile quando nel processo penale, nel grado precedente, si sia ritenuta la sussistenza del reato e della responsabilità civile) prevede quindi un caso in cui, con la sentenza di proscioglimento (di non doversi procedere per estinzione del reato) il giudice penale si pronuncia anche sull'azione civile, confermando o revocando le statuizioni civili contenute nella sentenza impugnata.

Rammenta ancora come il codice del 1988 riconosca, all'art. 576, a differenza del codice abrogato, il potere della parte civile di impugnare (e quindi anche appellare) le sentenze di proscioglimento⁸³. In proposito, le Sezioni unite penali (Cass. Sez. un. 11 luglio 2006 n. 25083, Negri) hanno ritenuto che l'art. 576 cod. proc. pen. conferisca al giudice dell'impugnazione il potere di decidere sulla domanda al risarcimento e alle restituzioni pur in mancanza di una precedente statuizione sul punto, in quanto "il giudice dell'impugnazione ha, nei limiti del devoluto e agli effetti della devoluzione, i poteri che il giudice di primo grado avrebbe dovuto esercitare. Se si convince che tale giudice ha sbagliato nell'assolvere l'imputato, ben può affermare la responsabilità di costui agli effetti civili e (come indirettamente conferma il disposto di cui all'art. 622 cod. proc. pen.) condannarlo al risarcimento e alle restituzioni, in quanto l'accertamento incidentale equivale virtualmente - oggi per allora - alla condanna di cui all'art. 538,

⁸² Così, Cass. sez. un. 29 settembre 2016, n. 46688, (Schirru).

⁸³ E ciò anche dopo le modificazioni introdotte dall'art. 6 della legge 20 febbraio 2006 n. 46: cfr. Corte cost. n. 32 del 2007 e n. 3 del 2008 e Cass. sez. un. 29 marzo 2007, n. 27614, Milo, (Poggiali), Rv. 236539 - 01.

comma 1, cod. proc. pen., che non venne pronunciata per errore"; con la conseguenza che, ove l'impugnazione avverso la sentenza di proscioglimento sia stata proposta anche agli effetti penali, la Corte d'appello che dichiara l'estinzione del reato per prescrizione o amnistia può condannare l'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile impugnante agli effetti civili.

Pertanto, il principio secondo cui lo stesso giudice penale può pronunciarsi sulla domanda risarcitoria o restitutoria solo in quanto contestualmente giudichi e accerti la sussistenza della responsabilità penale, alla quale consegue la statuizione sulla responsabilità civile, subisce (nonostante il contrario avviso di una dottrina e di una giurisprudenza minoritaria) una importante eccezione nel caso di accoglimento dell'impugnazione proposta dalla parte civile avverso la sentenza di proscioglimento, ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen.

Il Collegio evidenzia infine come l'art. 573 cod. proc. pen. preveda che "l'impugnazione per i soli effetti civili è proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale", e ciò anche se con essa non concorra alcuna impugnazione agli effetti penali⁸⁴.

Ricostruito il quadro normativo di riferimento, il Collegio ha richiamato due rilevanti principi affermati dalla Corte costituzionale con riguardo, da un lato, agli effetti "irreversibili" derivanti dalla scelta del danneggiato di esercitare l'azione civile nel processo penale⁸⁵ e, dall'altro, a quelli derivanti dall'assetto di separazione tra giudizio civile e penale⁸⁶.

Il primo principio è quello secondo cui "l'inserimento dell'azione civile nel processo penale pone in essere una situazione in linea di principio differente rispetto a quella determinata dall'esercizio dell'azione civile nel processo civile anche ove si tratti di azione di restituzioni o di risarcimento dei danni derivanti da reato (cfr. sent. n. 108 del 1970), e ciò in quanto tale azione assume carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale, sicché è destinata a subire tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale, cioè dalle esigenze, di interesse pubblico, connesse

⁸⁴ Proprio in ordine alle regole di giudizio cui deve attenersi il giudice in presenza di un appello della sola parte civile avverso una sentenza di assoluzione di primo grado, la più recente giurisprudenza penale di legittimità, ha ritenuto di poter affermare che, "poiché l'azione civile è esercitata nel processo penale, il suo buon esito presuppone l'accertamento della sussistenza del reato, anche solo ai limitati effetti civili ... il giudice del gravame deve valutare la sussistenza della responsabilità dell'imputato secondo i parametri del diritto penale e non facendo applicazione di regole proprie del diritto civile che evocano ipotesi di inversione dell'onere della prova o, peggio ancora, di responsabilità oggettiva": cfr. Cass. Sez. IV, 18 giugno 2015, n. 42995, (Gentile), che ha annullato con rinvio al giudice civile la sentenza di condanna ai soli effetti civili, pronunciata dal giudice di appello che aveva ritenuto sussistente la responsabilità civile dell'imputato sulla base dell'art. 2051 cod. civ.

⁸⁵ Corte cost. sent. n. 353 del 1994.

⁸⁶ Corte cost. sent. n. 168 del 2006; conforme Corte cost. n. 23 del 2015.

all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi”⁸⁷.

Il secondo principio affermato dalla Corte costituzionale chiarisce che “l’assetto generale del nuovo processo penale è ispirato all’idea della separazione dei giudizi, penale e civile”, essendo “prevalente, nel disegno del codice, l’esigenza di speditezza e di sollecita definizione del processo penale, rispetto all’interesse del soggetto danneggiato di esperire la propria azione nel processo medesimo”⁸⁸.

2.2. L’ambito applicativo dell’art. 622 cod. proc. pen.

La Terza Sezione Civile nella decisione in commento ha premesso che riguardo al giudizio sulla domanda risarcitoria, appare necessario distinguere, sul piano teorico, le due principali ipotesi di rinvio del giudice penale a quello civile ricomprese nell’ambito del meccanismo di rinvio sancito dall’art. 622 cod. proc. pen.

La prima ipotesi di annullamento si verifica quando il rinvio al giudice civile viene disposto a seguito dell’annullamento su ricorso della parte civile “ai soli effetti della responsabilità civile”, ex art. 576 cod. proc. pen., della sentenza di assoluzione (“di proscioglimento”, recita con formula più ampia l’art. 622), limitatamente agli effetti civili.

La seconda ipotesi si verifica quando il rinvio al giudice civile viene disposto:

a) a seguito dell’annullamento delle sole disposizioni o capi della sentenza penale di condanna dell’imputato che riguardano l’azione civile (su ricorso dell’imputato ex art. 574 cod. proc. pen. o della parte civile ex art. 576 cod. proc. pen.);

b) a seguito di condanna (pronunciata nel precedente grado di giudizio) anche generica alle restituzioni e al risarcimento dei danni: il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare estinto il reato per amnistia o prescrizione, decidono, in tal caso, sull’impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli effetti civili, ex art. 578 cod. proc. pen.

Il Collegio ha evidenziato che i due casi ricondotti alla seconda ipotesi di annullamento sono resi omogenei dal fatto che, a differenza della prima - ove l’annullamento ha ad oggetto ai fini civili la sentenza di assoluzione - l’annullamento ha ad oggetto le statuizioni civili della sentenza di condanna (o di non doversi procedere per estinzione del reato), e si differenziano a loro volta tra loro perché, mentre nel primo caso la sentenza penale di condanna, almeno agli effetti penali, passa in giudicato, nella seconda non si forma un giudicato penale di

⁸⁷ Così test. Corte cost., sent. n. 353 del 1994.

⁸⁸ Così test. Corte cost., sent. n. 168 del 2006; in senso analogo, Corte cost., sent. n. 23 del 2015.

condanna.

La Corte ha richiamato *il fondamento* della disposizione *de qua*, come generalmente individuata nell'esigenza di far cessare la giurisdizione del giudice penale qualora l'accertamento penalistico debba ritenersi definitivamente compiuto, onde il giudizio di rinvio davanti al giudice civile possa celebrarsi secondo le regole (anche probatorie) proprie del processo civile, derogando alla regola, enunciata dall'art. 573 cod. proc. pen., secondo cui l'impugnazione per i soli interessi civili è proposta, trattata e decisa con le forme ordinarie del processo penale.

Ha rammentato in proposito le critiche osservazioni espresse dalla dottrina processualpenalistica in occasione dell'introduzione dell'art. 622 cod. pen. proc., la quale ha accusato il legislatore di essere incorso in un vero e proprio *lapsus normativo* equiparando, non coerentemente, due fattispecie del tutto eterogenee (quella dell'annullamento dei capi civili, ad esempio perché i danni risultano mal liquidati, e quella dell'accoglimento del ricorso della parte civile contro un proscioglimento)⁸⁹.

Ha rammentato ancora la rilevante decisione delle Sezioni unite penali della Cassazione (Sez. un. 18 luglio 2013, n. 40109, Sciortino) che ha ritenuto l'art. 622 cod. proc. pen. applicabile anche al caso di accoglimento del ricorso per cassazione proposto dall'imputato avverso la sentenza con cui il giudice di appello, dichiarando non doversi procedere per intervenuta prescrizione del reato (o per intervenuta amnistia), abbia confermato le statuizioni civili senza motivare, a tal fine, in ordine alla responsabilità dell'imputato; in tal modo risolvendo il contrasto sorto nella giurisprudenza di legittimità, che si era pronunciata talvolta a favore dell'annullamento con rinvio al giudice penale, altre volte per l'applicabilità *tout court* dell'art. 622 cod. proc. pen., e affermando espressamente che «il tema proposto involge scelte di sistema attinenti ai rapporti tra azione civile ed azione penale nell'attuale assetto codicistico, ispirato al *favor separationis*; al contempo, comporta ricadute immediate sull'ampiezza della tutela riconosciuta alla parte civile, attese le diverse forme del giudizio di rinvio, a seconda che esso sia disposto verso il giudice civile ovvero verso il giudice penale, con le conseguenziali, diverse regole procedimentali e probatorie»⁹⁰.

⁸⁹ Così si esprime sulla modifica normativa *de qua*, F. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2006, 1183.

⁹⁰ Cass. Sez. un. 18 luglio 2013, n. 40109, Conti, (Sciortino). Le Sezioni Unite, in particolare, valorizzarono l'argomento secondo cui *la ratio* della scelta del rinvio al giudice civile, operata dall'art. 622 cod. proc. pen., andasse ravvisata "nel principio di economia che vieta il permanere del giudizio in sede penale in mancanza di un interesse penalistico alla vicenda", senza che una diversa conclusione potesse ipotizzarsi neppure alla luce "della considerazione che la disciplina che rinvia al giudice civile ogni

Questa prospettiva adottata dalle Sezioni unite penali nel 2013 è posta in correlazione con quella analoga adottata dalle Sezioni Unite civili nel 2011 in punto di applicabilità, nel giudizio cd. "di rinvio", delle regole del giudizio civile, tanto processuali quanto (e soprattutto) probatorie (Sez. un, 26 gennaio 2011, n. 1768) che, a loro volta, risolvendo un contrasto giurisprudenziale, avevano affermato come la sentenza di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione o amnistia del reato non esplica alcuna efficacia vincolante extra penale nel giudizio di rinvio, con la conseguenza che «in tal caso il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione»⁹¹.

2.3. Le questioni prospettabili e le possibili tesi ricostruttive.

La sentenza in esame passa in rassegna otto diverse di questioni che possono insorgere in conseguenza dei vincoli, processuali e probatori, posti dalla Cassazione penale al giudice civile in sede di rinvio.

La prima attiene *all'oggetto* del processo, considerato che il diritto al risarcimento dei danni è un diritto eterodeterminato (Cass. Sez. un., 27 dicembre 2010 n. 26128), sicché l'identificazione della domanda è conseguenza esclusiva dell'individuazione del *petitum* e della *causa petendi*.

La seconda afferisce al rapporto tra l'azione civile esercitata nel processo penale ed i *fatti costitutivi* del diritto al risarcimento del danno - individuati, in quella sede, con esclusivo riferimento al reato oggetto dell'esercizio dell'azione penale.

La terza ha riguardo alla rilevanza, sul piano probatorio, dell'attività difensiva svolta dalle parti nel processo penale, destinata a dipanarsi in relazione agli elementi della responsabilità penale dell'imputato: all'esito della trasmigrazione del procedimento dalla sede penale a quella civile, diverso è l'ambito entro cui l'attività

questione superstita sulla responsabilità civile nascente dal reato rende inevitabile l'applicazione delle regole e delle forme della procedura civile, che potrebbero ritenersi meno favorevoli agli interessi del danneggiato dal reato rispetto a quelle del processo penale, dominato dall'azione pubblica di cui può ben beneficiare indirettamente il danneggiato dal reato. Si tratta però di evenienza che il danneggiato può ben prospettarsi al momento dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, di cui conosce preventivamente procedure e possibili esiti, comprese le eventualità che, in presenza di cause di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale, venga a mancare un accertamento della responsabilità penale dell'imputato, e che, in caso di *translatio iudicii*, l'azione per il risarcimento del danno debba essere riassunta davanti al giudice civile competente per valore in grado di appello. Resta naturalmente fermo che, in presenza di un danno da reato, il danneggiato, in sede di rinvio, può sollecitare davanti al giudice civile anche il riconoscimento del danno non patrimoniale, negli ampi termini definiti dalla giurisprudenza civile, mentre, sul versante delle aspettative dell'imputato, il perseguimento dell'interesse a un pieno accertamento della sua innocenza, anche ai fini della responsabilità civile, può ben essere assicurato dall'opzione di rinuncia alla prescrizione -art. 157, comma settimo, cod. pen.- o all'amnistia -Corte cost., sent. n. 175 del 1971-.

⁹¹ Cass. Sez. un, 26 gennaio 2011, n. 1768, Spirito, Rv. 616366 – 01.

difensiva verrebbe a svolgersi, ove fosse consentito alle parti di trattare le relative questioni (e al giudice del rinvio di deciderle) in base alla *prospettazione del fatto* sotto il profilo non del reato, ma dell'illecito civile *ex art. 2043 e ss.*

La quarta, collegata alla precedente, pone l'interrogativo se l'istituto dell'annullamento deciso dalla cassazione penale "solo" agli effetti civili consenta che il fatto storico perda la sua originaria connessione con il reato per riacquistare il carattere di illecito civile, e seguire conseguentemente i canoni probatori propri di quel processo, con particolare riguardo alla fattispecie del *nesso causale*.

La quinta ha riguardo al *rapporto tra l'illecito civile e i reati a condotta vincolata*. Nell'azione civile esercitata nel processo penale, la fattispecie posta a fondamento del diritto al risarcimento del danno è quella prevista dalla norma incriminatrice, che, in caso di reati a condotta vincolata, deve presentare le specifiche modalità previste dalla norma penale. In particolare, ove l'azione civile esercitata nel processo penale abbia ad oggetto il risarcimento del danno causato da un reato a condotta vincolata, si pone il problema se, nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile competente per valore in grado d'appello, possano essere fatte valere (e il giudice possa accogliere la domanda sulla base di) modalità della condotta diverse da quelle tipizzate dalla norma penale, che pacificamente rilevino, invece, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

La sesta pone l'interrogativo circa la *difforme valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito* ove l'azione civile sia stata esercitata in un processo penale per un reato doloso e la legge penale non preveda espressamente la punibilità del fatto anche a titolo di colpa (come, ad esempio, per il reato di danneggiamento): in tali ipotesi, ci si interroga se, nel giudizio civile di rinvio *ex art. 622 cod. proc. pen.*, possa essere fatto valere il (e il giudice possa accogliere la domanda sulla base del) diverso elemento soggettivo della colpa, perfettamente fungibile con quello del dolo nell'illecito civile, a differenza che per i delitti (art. 42, comma 2, cod. pen.). Ed ancora, nel diverso caso in cui il processo penale abbia avuto ad oggetto un reato colposo, si pone la speculare questione se, nel giudizio civile di rinvio, l'elemento soggettivo della colpa sia omologo o meno all'elemento soggettivo del reato (cioè se la nozione di colpa civile sia sovrapponibile alla nozione di colpa penale).

La settima si pone con riguardo all'ipotesi di *azione civile esercitata nel processo penale per un reato colposo* qualora, nel giudizio di rinvio innanzi al giudice civile, la domanda di risarcimento venga formulata in base ad un *diverso titolo di responsabilità, diverso da quella generale per colpa* di cui all'art. 2043 cod. civ., come nelle ipotesi di cui agli artt. 2048 e ss. cod. civ.

L'ottava, infine, pone l'interrogativo se la *sussistenza di una causa di non punibilità* prevista dalla legge penale (in tema di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, quella prevista dall'art. 590-*sexies*, secondo comma, cod. pen.) precluda o

meno l'accoglimento della domanda risarcitoria in sede civile ⁹².

Infine, su di un piano strettamente processuale, il Collegio sottolinea che l'orientamento largamente prevalente della giurisprudenza civile di legittimità, ritenendo applicabile al giudizio di rinvio *ex art. 622 cod. proc. pen.* la disciplina di cui agli artt. 392 e segg. *cod. proc. civ.*, esclude che in tale giudizio le parti possano svolgere nuova attività assertiva o probatoria in ragione della sua natura cd. "chiusa"⁹³.

Osserva la Corte che la soluzione delle enumerate questioni dipende in larga misura dalla *configurazione strutturale e funzionale del giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen.*, in ordine alla quale richiama tre diversi orientamenti, tra loro alternativi.

Un primo orientamento considera tale giudizio come prosecuzione *stricto iure* di quello penale, con la conseguenza, tra le altre, che il danneggiato non potrà far valere in questa fase fatti costitutivi diversi da quelli che integrano la fattispecie di reato contestata in sede penale. Su tale premessa si fondano le argomentazioni della più recente giurisprudenza penale di legittimità, più volte ricordata, secondo cui "l'azione civile che viene esercitata nel processo penale è quella per il risarcimento del danno, patrimoniale o non, cagionato dal reato, ai sensi degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., con la conseguenza che, nella sede civile, la natura della domanda non muta: si dovrà, cioè, valutare incidentalmente l'esistenza di un fatto di reato in tutte le sue componenti obiettive e subiettive"⁹⁴.

Una seconda tesi ricostruisce il giudizio di rinvio *ex art. 622* in termini di procedimento autonomo su di un piano tanto morfologico quanto funzionale, sicché, a seguito dell'annullamento ai soli effetti civili, si realizzerebbe una scissione strutturale tra giudizi ed una divaricazione funzionale tra materie a

⁹² Il Collegio indica in motivazione *sub* punto 22 anche le soluzioni alle questioni di diritto passate in rassegna.

⁹³ In generale le Sezioni unite hanno chiarito che "La modificazione della domanda ammessa *ex art. 183 cod. proc. civ.* può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa ("petitum" e "causa petendi"), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali. Ne consegue l'ammissibilità della modifica, nella memoria *ex art. 183 cod. proc. civ.*, dell'originaria domanda formulata *ex art. 2932 cod. civ.* con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo." Sez. un, 15 giugno 2015, n. 12310, Rv. 635536 – 01. Da ultimo, in senso conforme, per l'ammissibilità della modificazione dell'originaria domanda risarcitoria, formulata da un investitore nei confronti dell'intermediario finanziario, in quella di risoluzione per inadempimento, tenuto conto che entrambe le richieste riguardavano la stessa operazione di compravendita titoli ed erano fondate sull'allegazione dei medesimi comportamenti inadempienti dell'intermediario v. Sez. VI - I, 25 maggio 2018, n. 13091 Rv. 649542 - 01, in tema di ammissibilità della sostituzione della domanda di adempimento di obbligazione contrattuale con quella di ingiustificato arricchimento v. Sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, Rv. 650451 - 01.

⁹⁴ Cfr. Sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 11193, Cortesi, Rv. 262708; in senso conforme anche Sez. IV, 4 febbraio 2016, n. 27045, Di Flaviano, Rv. 267730.

seguito della "restituzione" dell'azione civile così ripristinata all'organo giudiziario cui essa appartiene naturalmente. Soltanto formalmente sarebbe lecito discorrere, pertanto, di una "prosecuzione" del giudizio, mentre neanche su di un piano formale appare legittimo qualificarla come continuazione del giudizio penale, il giudizio di rinvio svolgendosi solo tecnicamente secondo la disciplina dettata dagli artt. 392-394 cod. proc. civ.⁹⁵.

Un terzo orientamento, intermedio tra i primi due, è infine quello (suggestivamente prospettato in dottrina) secondo il quale, da un canto, il giudizio di rinvio sarebbe "vicenda autonoma rispetto al processo penale, non rappresentandone - sia pure ai fini della sola statuizione sugli effetti civili - la prosecuzione avanti alla giurisdizione ordinaria civile, successivamente alla intervenuta fase di cassazione in sede penale" e pertanto "dotata di autonomia strutturale e funzionale essendosi verificata una scissione tra le materie sottoposte a giudizio mediante il ritorno dell'azione civile alla cognizione del suo giudice naturale"; dall'altro, tuttavia (ma non del tutto coerentemente con la premessa strutturale), "il giudice civile dovrebbe uniformarsi al principio di diritto contenuto nella pronuncia penale di legittimità, e ciò perché egli è investito della controversia esclusivamente entro i limiti segnati dalla sentenza di cassazione e dalle questioni da essa decise, secondo il combinato disposto degli artt. 384, secondo comma e 143 disp.att. c.p.c.)". La sentenza della Cassazione penale "vincolerebbe, pertanto, il giudice di rinvio non solo in ordine al principio di diritto affermato, ma anche quanto alle questioni di fatto costituenti il presupposto necessario ed inderogabile della pronuncia"⁹⁶.

Ritiene il Collegio che l'adozione della prima tesi come, sul piano procedurale, l'adozione della terza, risolverebbe *tout court* le questioni sopra elencate, escludendone in radice la rilevanza, mentre la seconda ne impone inevitabilmente l'esame, rimuovendosi, con essa, i limiti connessi alla collocazione originaria dell'azione civile in seno al processo penale.

3. La soluzione prescelta: il giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. come giudizio autonomo, *sui generis*, restituito alla sede sua propria.

In ordine ai rapporti tra l'azione penale e quella civile, il Collegio evidenzia che il fondamento della scelta compiuta dal legislatore ex art. 622 cod. proc. pen. nel rimettere le parti dinanzi al giudice civile ben può essere ravvisato nella presa di coscienza del *dissolvimento delle ragioni che avevano originariamente giustificato il sacrificio*

⁹⁵ Tesi, prospettata nella nota a firma del Presidente del III sezione civile, la quale ricostruisce il giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. quale giudizio autonomo sia in senso strutturale sia in senso funzionale.

⁹⁶ La pronuncia fa implicito riferimento alla tesi espressa da F. FALATO, *Annullamento ai soli effetti civili e giudizio di rinvio*, in La Giustizia penale, 2012, 404.

dell'azione civile alle ragioni dell'accertamento penale, a seguito della costituzione di parte civile. In tal modo, la scelta legislativa ha privilegiato *il ritorno dell'azione civile alla sede sua propria*, e discorrendo di una forma di 'rinvio' (quello di cui all'art. 622 c.p.p.) la cui natura, tuttavia, solo formalmente (attese l'infungibilità lessicale) evoca i principi propri di quel giudizio, ma che non può in alcun modo configurarsi alla stregua di una 'prosecuzione' del processo penale (ogni interesse penalistico dovendosi ritenere ormai definitivamente dissolto), bensì alla stregua di *giudizio autonomo* (benché *sui generis*), *sia in senso strutturale che funzionale*, essendosi realizzata la definitiva scissione tra le materie sottoposte a giudizio, mediante la restituzione dell'azione civile - con il giudizio di 'rinvio', che più opportunamente andrebbe definito di rimessione - all'organo giudiziario cui essa appartiene naturalmente (in proposito, non appare senza significato che autorevole dottrina abbia prospettato l'esigenza di riflettere, *de iure condendo*, sull'opportunità di lasciare alla competenza del giudice penale anche il giudizio di rinvio ai soli effetti civili, in linea con la strada suggerita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 29 del 1972: soluzione, questa, che avrebbe l'indubbio pregio di ricondurre a coerenza il sistema, al pari di quella, affatto speculare, e pure adombrata in dottrina e nei lavori preparatori del codice di rito penale, di escludere *tout court* la parte civile dal processo penale)⁹⁷.

Afferma il Collegio che si è dunque al cospetto, giusta il disposto dell'art. 622 cod. proc. pen. così correttamente interpretato, di una sostanziale, definitiva ed integrale *translatio iudicii* dinanzi al giudice civile, con la conseguenza che rimane del tutto estranea all'assetto del giudizio di rinvio la possibilità di applicazione di criteri e regole probatorie, processuali e sostanziali, tipici della fase penale esauritasi a seguito della pronuncia della Cassazione, atteso che la funzione di tale pronuncia, al di là della restituzione dell'azione civile all'organo giudiziario cui essa *naturaliter* appartiene, è limitata a quella di operare un trasferimento della competenza funzionale dal giudice penale a quello civile, essendo propriamente rimessa in discussione la *res in iudicium deducta*, nella specie costituita da una situazione soggettiva ed oggettiva del tutto autonoma (il fatto illecito) rispetto a quella posta a fondamento della doverosa comminatoria della sanzione penale (il reato), attesa la limitata condivisione, tra l'interesse civilistico e quello penalistico, del solo punto in comune del "fatto" (e non della sua qualificazione), quale presupposto del

⁹⁷ La pronuncia fa riferimento, in dottrina, a B.LAVARINI, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, 155). L'autrice, sul rilievo dell'irrimediabile lesione dei diritti di azione e di difesa delle parti dell'azione civile derivante dall'applicazione nel giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen. della disciplina civilistica della prova, sostiene un'interpretazione secondo cui la sede civile del rinvio non impone l'applicazione in questo della legge processuale civile, in quanto l'art. 622 cod. proc. pen. "non deroga in toto alla regola posta dall'art. 573 cod. proc. pen., per cui le impugnazioni civili in sede penale vanno proposte, trattate e decise nelle forme del processo penale, ma vi deroga limitatamente all'individuazione del giudice competente (quello civile, anziché quello penale ex art. 623 cod. proc. pen.)" e, contestualmente, ritiene che *de iure condendo* occorrerebbe riflettere sull'opportunità di lasciare alla competenza del giudice penale anche il giudizio di rinvio ai soli effetti civili, in linea con la strada suggerita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 29 del 1972.

diritto al risarcimento, da un lato, e del dovere di punire, dall'altro.

Rilevanti, inoltre, le osservazioni svolte dalla Terza Sezione civile sulla necessità che la questione dei limiti processuali imposti dalla *natura cd. chiusa* del *giudizio di rinvio ex art. 394 comma 3 cod. proc. civ.* possa essere rimeditata.

Osserva il Collegio in proposito che la morfologia di questo giudizio di rinvio, ricostruita in termini di autonomia strutturale e funzionale rispetto al processo penale ormai conclusosi, consente di ritenere legittima, oltre alla possibilità di *formulazione di nuove conclusioni* sorte in conseguenza di quanto rilevato dalla sentenza di cassazione penale, anche l'*emendatio della domanda* ai fini della prospettazione degli elementi costitutivi dell'illecito civile, sia pur nei limiti del sistema generale delle preclusioni fissato dall'art. 183 cod. proc. civ., alla luce del recente insegnamento delle sezioni unite di questa Corte che in diversi casi ha ritenuto ammissibile la modificazione dell'originaria domanda⁹⁸. Nello specifico, l'*emendatio* della domanda potrà essere legittimamente proposta dal danneggiato ed altrettanto legittimamente esaminata dal giudice, stante la disciplina del codice di rito penale che, con riferimento alle formalità della costituzione di parte civile, impone modalità contenutistiche e formali sostanzialmente omologhe a quelle previste dal codice di rito civile per il contenuto della citazione - analogamente a quanto si legge all'art. 163, comma 3, n. 4 cod. proc. civ., nel codice di rito penale viene previsto sia che la dichiarazione di costituzione contenga, tra l'altro, "l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda" (art. 78, comma 1, lett. d) cod. proc. pen.), sia che la citazione del responsabile civile contenga la specifica "indicazione delle domande che si fanno valere" nei suoi confronti (art. 83, comma 3, lett. b). Pertanto, per un verso, si prevede la precisazione della *causa petendi* al momento della costituzione di parte civile, per l'altro, si sancisce l'obbligo per la parte civile di precisare il *petitum* depositando conclusioni scritte comprendenti, se è richiesto il risarcimento, anche la determinazione del suo ammontare (art. 523 comma 2 c.p.p.).

Inoltre, a parere della Corte, dovrà parimenti ritenersi ammessa, in sede di giudizio dinanzi alla Corte d'appello in unico grado, una eventuale, diversa valutazione dell'*elemento soggettivo* (colpa anziché dolo) ed una eventuale, diversa qualificazione del titolo di responsabilità ascritta al danneggiante, ove i fatti costitutivi posti a fondamento dell'atto di costituzione di parte civile siano gli stessi

⁹⁸ In tal senso: Cass. Sez. U, 15 giugno 2015 n. 12310 pronunciatasi per l'ammissibilità della modificazione dell'originaria domanda risarcitoria -formulata da un investitore nei confronti dell'intermediario finanziario- in quella di risoluzione per inadempimento, Cass. 25 maggio 2018 n. 13091; ancora, per ammissibilità della sostituzione della originaria domanda di adempimento di un'obbligazione contrattuale con quella di ingiustificato arricchimento, Cass. Sez. U., 13 settembre 2018 n. 22404).

che il giudice di appello è chiamato ad esaminare. La tutela del diritto di difesa del danneggiante sarà, in tal caso, garantita dal disposto dell'art. 101 comma 2 c.p.c., poiché, in presenza di una rilevazione officiosa del giudice, gli sarà consentito il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla questione a seguito della riserva di decisione prevista dalla norma citata, così operandosi un equo bilanciamento tra le contrapposte posizioni di chi non abbia spiegato tutte le necessarie difese in sede penale, e di chi, di converso, si vede sottratto un grado di giudizio per far valere il proprio diritto risarcitorio.

Osserva ancora il Collegio che, pur nella sostanziale consonanza delle regole di enunciazione del "*principio di diritto*" (nel sistema processuale penale e civile) indirizzate al giudice del rinvio perché ad esse si uniformi (art. 173, comma 2, disp. att. cod. proc. pen. e art. 384 cod. proc. civ.), esse tuttavia presuppongono che di vero e proprio giudizio di rinvio si tratti, e non risultano applicabili allorquando, come nella specie, l'azione civile si sia ormai affrancata dal giudizio penale in ragione della scissione determinatasi a seguito della valutazione compiuta dal giudice penale che, chiusa la fase penale e "fermi gli effetti penali della sentenza", rimette ai soli effetti civili la cognizione del giudice civile competente in grado di appello. Del resto, la Corte sottolinea che offre ulteriore conforto alla soluzione predicativa della valenza soltanto lessicale dell'espressione "rinvio al giudice civile" la considerazione che non è consentito al giudice penale, nel sistema vigente - ispirato al principio di separazione dei processi e all'indipendenza dei giudicati - di decidere anche sulle domande civili quando prosciogla l'imputato, tenuto conto che gli accertamenti al riguardo sarebbero del tutto impropri, perché compiuti da un giudice penale che, dovendo prosciogliere, rimane privo di competenza sull'azione civile.

Il Collegio osserva, peraltro, che se, nel processo penale, a differenza che in quello civile, la parte civile può legittimamente rendere testimonianza, in mancanza di una norma speculare a quella dell'art. 246 cod. proc. civ, e tale testimonianza può essere sottoposta al cauto e motivato apprezzamento del giudice penale, che può fondare la sentenza di condanna anche soltanto su di essa, l'efficacia probatoria di tale atto processuale deve essere vagliata alla stregua delle regole processuali del codice di rito civile.

Dalle argomentazioni che precedono pertanto il Collegio non ritiene conforme l'orientamento della Cassazione civile che, in passato, ha ritenuto che la *testimonianza* resa dalla parte civile nel processo penale conservi il suo valore anche quando, con l'accoglimento del ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, il solo processo civile prosegua dinanzi al giudice di rinvio, fondando tale convincimento sull'erroneo presupposto secondo il quale, in tal caso, continuerebbero ad applicarsi, *in parte qua*, le regole proprie del processo

penale, e la deposizione giurata della parte civile, ormai definitivamente acquisita, andrebbe esaminata dal giudice del rinvio esattamente come avrebbe dovuto esaminarla il giudice penale se le due azioni non si fossero occasionalmente separate⁹⁹. Viceversa, deve ritenersi illegittima l'eventuale ricostruzione del fatto dannoso - ovvero qualsiasi eventuale riconoscimento di efficacia probatoria - che faccia riferimento alle dichiarazioni rese in sede penale, in veste di testimone, dalla parte civile. Una diversa interpretazione si porrebbe, difatti, in aperto contrasto con il principio che vincola il giudice del rinvio *ex art. 622 c.p.p.* al rispetto dei canoni sostanziali e processuali propri del giudizio civile, tra cui quello di cui all'art. 246 c.p.c., ai sensi del quale "non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio".

Quanto alle *prove dichiarate inutilizzabili* nel processo penale che secondo un orientamento della Cassazione penale sono state ritenute non utilizzabili nel giudizio civile¹⁰⁰, il Collegio ritiene che a tale principio non può darsi alcun seguito e va condiviso, viceversa, altro orientamento della Cassazione civile sul punto che, seppure con riguardo ad un giudizio civile autonomamente instaurato e non proveniente da un annullamento con rinvio *ex art. 622 cod. proc. pen.*, ha condivisibilmente affermato che, nell'ordinamento processualcivilistico, mancando una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico con le altre risultanze del processo¹⁰¹.

In base al principio del libero convincimento, pertanto, il giudice civile può autonomamente valutare, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria e, dunque, anche le prove raccolte in un processo penale e, segnatamente, le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali. In tale contesto, deve ritenersi che il giudice civile possa trarre elementi di convincimento – sempre che li sottoponga ad adeguato vaglio critico - anche dalle dichiarazioni c.d. autoindizianti rese da un soggetto in un procedimento penale, non potendo la sanzione di inutilizzabilità

⁹⁹ In tal senso: Cass. 14 luglio 2004, n. 13068.

¹⁰⁰ Cass. 8 febbraio 2018, n. 43896, (Luvaro). In particolare è stato affermato che il giudice penale di legittimità, nell'annullare senza rinvio agli effetti penali, con rinvio agli effetti civili *ex art. 622 cod. proc. pen.* per vizio di motivazione, la sentenza fondata su dichiarazioni di un ufficiale di polizia giudiziaria ritenute inutilizzabili perché assunte in violazione del divieto posto dall'art. 195, comma 4, cod. proc. pen., ha ritenuto che "la prova inutilizzabile nel processo penale, perché assunta in violazione di un espresso divieto probatorio, non possa essere utilizzata nel giudizio civile, atteso che diversamente, si realizzerebbe una sostanziale elusione dell'accertamento compiuto in sede penale".

¹⁰¹ Cass. 25 marzo 2004, n. 5965.

prevista dall'art. 63 cod. proc. pen., posta a tutela dei diritti di difesa in quella sede, spiegare effetti al di fuori del processo penale. L'utilizzabilità, difatti, è categoria del solo rito penale, ignota al processo civile, e le prove precostituite, quali gli stessi documenti provenienti da un giudizio penale, entrano legittimamente nel processo, attraverso la produzione e nella decisione in virtù di un'operazione di logica giuridica, e tali risultanze probatorie appaiono contestabili solo se svolte in contrasto con le regole, rispettivamente, processuali o di giudizio, che vi presiedono¹⁰².

Il Collegio condivide inoltre l'orientamento di legittimità secondo il quale, con specifico riferimento ai poteri di valutazione delle risultanze probatorie riservati al giudice di merito, l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (imposto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo con la sentenza 21 settembre 2010, Marcos Barrios/Italia, in relazione all'art. 6, par. 1 della Convenzione EDU) si impone soltanto in ambito penalistico ogni qualvolta si intenda riformare la sentenza assolutoria di primo grado in ossequio della regola di giudizio "al di là di ogni ragionevole dubbio" e della garanzia costituzionale della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma secondo, Cost., ma non è applicabile ai giudizi risarcitori civili, governati - in tema di accertamento del nesso causale tra condotta illecita e danno - dalla diversa regola probatoria del "più probabile che non", e ciò tanto più ove venga richiesta in appello l'affermazione della responsabilità del presunto danneggiante (nella specie, responsabilità da circolazione stradale) negata dal giudice di primo grado¹⁰³.

Sottolinea, pertanto, la Corte che il giudice civile, in sede di rinvio, nell'apprezzare integralmente l'istruzione probatoria compiuta in sede penale, possa porla a fondamento della propria decisione quale prova atipica - sia se raccolta in contraddittorio tra le stesse parti in virtù del principio dell'unità della giurisdizione (ad esempio, la deposizione di un testimone ovvero le risultanze di una consulenza tecnica assunte in dibattimento) - sia allorquando il dibattimento sia mancato, ponendo in tal caso come condizione la rituale acquisizione in giudizio della relativa documentazione al fine di trarne oggetto di valutazione delle parti (ad esempio, quando l'imputato abbia scelto un rito alternativo ovvero sia rilevante apprezzare il contenuto delle sommarie informazioni assunte nel corso delle indagini preliminari), per poi -in entrambi i casi- sottoporla a vaglio critico, svincolato dalla valutazione fornita dal giudice penale, senza che rilevino le peculiari regole in materia di ammissione e di assunzione delle prove relative al

¹⁰² V. Cass. 4 giugno 2014, n. 12577, con riferimento, in particolare, al valore probatorio delle dichiarazioni indizianti ex art. 63 cod. proc. pen.

¹⁰³ Cass. 30 settembre 2016, n. 19430, Vincenti, Rv. 642595 - 01.

diverso ambito penalistico nel quale sono state assunte risultando il principio del libero convincimento, così inteso, in piena armonia con le implicazioni sottese al principio di parità che governa nel sistema processuale vigente i rapporti tra il processo penale e quello civile.

Il Collegio, infine, sottolinea che a non diversa soluzione deve giungersi quanto all'individuazione delle *regole probatorie applicabili in tema di nesso causale*.

Il nodo da sciogliere è il seguente:

se, ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento del danno, nel giudizio di rinvio debbano continuare ad applicarsi *le regole processuali penali* che hanno governato il processo fino all'annullamento da parte della Corte di cassazione - con la conseguenza che l'*an* della responsabilità debba essere accertato secondo il *canone dell'aldilà di ogni ragionevole dubbio* (così come avviene nel giudizio penale d'impugnazione avverso la sentenza di proscioglimento impugnata dalla sola parte civile)

- ovvero se, una volta separata la *res indicanda* penale da quella civile, a quest'ultima possano applicarsi le regole processuali civili, con la conseguente sufficienza di un minor grado di certezza in ordine alla sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, secondo il *canone civilistico del "più probabile che non"*, trova appagante soluzione nella stessa premessa posta in ordine alla natura del giudizio di rinvio.

Secondo la Corte, alla luce degli stessi criteri di ragionevolezza, di effettività della tutela e di bilanciamento di interessi più volte affermati dal Giudice delle leggi e dalle Corti sovranazionali, non appare conforme a diritto vincolare il giudizio civile alle regole processuali penali, imponendo un trattamento differenziato a seconda che la pretesa civile della persona offesa venga azionata nel processo penale oppure in quello civile, una volta che il primo abbia definitivamente esaurito la sua funzione.

Trattamento differenziato che, a parere del Collegio, potrebbe, oltretutto, determinare effetti paradossali nel caso in cui due persone danneggiate dallo stesso fatto illecito (danno parentale per uccisione di un congiunto) scelgano l'una di costituirsi parte civile nel giudizio penale e l'altra di esercitare l'azione di risarcimento dei danni in quello civile. In tale caso, all'esito del rinvio al giudice civile *ex art. 622 c.p.p.*, nonostante la rinnovata dimensione (soltanto) civilistica del procedimento, l'una potrebbe vedersi rigettare la domanda risarcitoria, l'altra vederla accolta dal giudice adito in conseguenza della applicazione di una diversa regola causale - così ponendosi, a tacer d'altro, un evidente problema di conformità a Costituzione di una siffatta interpretazione.

Pertanto, il Collegio sceglie di dar seguito al più recente orientamento della Suprema Corte (Cass. 12 aprile 2017, n. 9358) alla luce del quale, riassunto il

processo nella sede civile, il giudice di rinvio non è affatto vincolato, nella ricostruzione del fatto, a quanto accertato dal giudice penale: se, tecnicamente, il giudizio di rinvio è regolato dagli artt. 392 - 394 cod. proc. civ., è del tutto evidente che non è per questo in alcun modo ipotizzabile un vincolo come quello che consegue all'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'art. 384, secondo comma, cod. proc. civ. da parte di questa Corte: con conseguente dovere del giudice civile, nella (libera) ricostruzione dei fatti e nella loro (libera) valutazione, di applicare del criterio civilistico del "più probabile che non" nella valutazione del nesso causale, in luogo di quello tipico del processo penale dell'alta probabilità logica, e con conseguente irrilevanza, sul piano processuale, dell'eventuale, contraria indicazione contenuta nella sentenza penale di rinvio *ex* art. 622 c. p. p..

Sottolinea in conclusione, il Collegio che i principi dianzi esposti sembrano trovare indiretta e ulteriore conferma nella stessa disposizione dell'art. 187, capoverso, cod. pen., la quale, statuendo per i condannati per uno stesso reato l'obbligo in solido al risarcimento del danno, non esclude, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, ipotesi diverse di responsabilità solidale di soggetti che non siano colpiti da alcuna condanna o siano colpiti da condanna per reati diversi o siano taluni colpiti da condanna e altri no.¹⁰⁴

¹⁰⁴ V. Cass., Sez. 3 15 luglio 2005, n. 15030, Segreto, Rv. 584094 - 01; Cass., Sez. 3 12 marzo 2010, n. 6041, Travaglino, Rv. 612075 - 01; Cass. Sez. 3 n. 1070 del 17 gennaio 2019, Scoditti, Rv. 652444 - 01.

4. Il principio di autonomia del giudizio di rinvio *ex art. 622 cod. proc. pen.* nei più recenti arresti della giurisprudenza civile di legittimità.

Trascorso neppure un mese dalla pubblicazione della sentenza n. 15859 del 2019, la Corte è tornata ad affermare in via generale che nel giudizio civile di rinvio *ex art. 622 c.p.p.* si determina una piena *translatio* del giudizio sulla domanda, sicché la Corte di appello competente per valore, cui la Cassazione in sede penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, applica le regole processuali e probatorie proprie del processo civile. In particolare ha poi ritenuto non consentita nel giudizio civile l'utilizzazione, alla stregua di una testimonianza, delle dichiarazioni rese dalla persona offesa sentita quale testimone nel corso del processo penale, dovendo trovare applicazione, viceversa, il divieto sancito dall'art. 246 cod. proc. civ. di assumere come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che ne potrebbe legittimare la partecipazione al giudizio, fermo restando che le medesime dichiarazioni, potendo costituire fonte di convincimento ai fini della decisione, sono liberamente valutabili dal giudice, purché idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti nell'ambito delle complessive risultanze istruttorie.

105

Lo stesso principio secondo cui nel giudizio civile di rinvio *ex art. 622 c.p.p.* si determina una piena *translatio* del giudizio sulla domanda civile, è stato anche ribadito con riferimento all'ambito della responsabilità sanitaria, affermando che la Corte di appello civile competente per valore, cui la Cassazione in sede penale abbia rimesso il procedimento ai soli effetti civili, ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo e oggettivo dell'illecito *ex art. 2043 c.c.*, applica i criteri di accertamento della responsabilità civile, i quali non sono sovrapponibili ai più rigorosi canoni di valutazione penalistici, funzionali all'esercizio della potestà punitiva statale. Nella fattispecie, la Corte ha confermato la pronuncia della corte d'appello adita in sede di rinvio, a seguito della cassazione, su ricorso delle parti civili, della sentenza di assoluzione di un medico imputato di omicidio colposo per avere prematuramente dimesso un paziente operato alla mano e deceduto per emorragia interna, la quale, rivalutando il fatto dal punto di vista civilistico, aveva ritenuto provata la grave negligenza del sanitario consistita nell'incompleta, imprudente e imperita valutazione del complesso quadro clinico in cui versava la vittima in quanto tossicodipendente e affetta da gravi patologie.¹⁰⁶

In tema di assicurazione obbligatoria sulla responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, la Suprema Corte ha sottolineato che il giudicato di condanna del danneggiante non può essere opposto dal danneggiato che agisca nei confronti dell'assicuratore perché devono essere

¹⁰⁵ Così, Cass. Sez. 3, n. 16916 del 25 giugno 2019, Scoditti, Rv. 654433 – 01.

¹⁰⁶ Cfr. Cass. Sez. 3, n. 25917 del 15 ottobre 2019, Fieconi, Rv. 655376-02.

garantiti il diritto di difesa del terzo ed i principi del giusto processo e del contraddittorio. Pertanto, detto giudicato può avere nel successivo giudizio esclusivamente efficacia di prova documentale¹⁰⁷.

In merito ai limiti del contenuto della domanda, la Corte ha precisato, inoltre, che qualora la parte civile abbia infruttuosamente esercitato l'azione civile in sede penale, nel giudizio di rinvio disposto dal giudice di legittimità ai sensi dell'art. 622 c.p.p. in seguito ad annullamento della sentenza penale per i soli effetti civili, il contenuto della domanda della parte civile non può essere ridotto o ampliato, né il giudice del rinvio può ammettere domande nuove volte ad ottenere la liquidazione del danno, ove in sede penale la parte civile abbia chiesto solamente una condanna generica, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 539 c.p.p., riflettente la fattispecie di cui all'art. 278 c.p.c. relativa alla pronuncia non definitiva con riserva al prosieguo per la liquidazione dei danni.¹⁰⁸

Con la stessa pronuncia, è stato altresì precisato che ove l'azione civile sia stata esercitata in un processo penale per un reato solo doloso nel giudizio civile di rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p., in relazione alla responsabilità *ex art. 2043 c.c.* o *ex art. 2049 c.c.*, può essere fatto valere il diverso elemento soggettivo della colpa, il quale nell'illecito civile, a differenza che per i delitti, è perfettamente fungibile con quello del dolo. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la decisione con la quale il giudice del rinvio *ex art. 622 c.p.p.* aveva ritenuto sussistente la responsabilità civile di un direttore di banca per non avere vigilato sul dipendente della propria filiale che, delegato dalle vittime, aveva emesso e incassato numerosi assegni circolari e bancari di ingente importo privi di bene fondi e in assenza di provvista sul conto corrente delle deleganti, nonostante il giudice penale ne avesse escluso la responsabilità a titolo di concorso nel reato di appropriazione indebita per assenza del dolo.¹⁰⁹

Notevole rilievo nell'ambito dei principi affermati in tema di giudizio di rinvio *ex art. 622 cod. proc. pen.* assume la decisione con cui la Corte ha affermato che l'azione risarcitoria diretta contro il magistrato per il fatto costituente reato commesso nell'esercizio delle sue funzioni, prevista dall'art. 13 della legge n. 117 del 1988, è ammessa solo nelle ipotesi in cui sia intervenuta sentenza di condanna del magistrato passata in giudicato, ovvero nel caso in cui la domanda stessa, in quanto inserita nel processo penale mediante costituzione di parte civile, possa essere oggetto di decisione (del giudice penale) contestualmente all'accertamento del verificarsi del reato, ricorrendo un'eccezionale ipotesi di pregiudizialità

¹⁰⁷ Cass. Sez. 3, n. 18325 del 9 luglio 2019, Scoditti, Rv. 654774 - 01.

¹⁰⁸ Cass. Sez. 3, n. 25918 del 15 ottobre 2019, Fiecconi, Rv. 655377 - 01.

¹⁰⁹ Cass. Sez. 3, n. 25918 del 15 ottobre 2019, Fiecconi, Rv. 655377 - 02.

necessaria dell'accertamento penale del fatto reato, atteso che la mera deduzione della configurabilità come reato del comportamento attribuito al magistrato eluderebbe le finalità di garanzia approntate dal legislatore a difesa della funzione giurisdizionale e non già del singolo soggetto che la esercita; pertanto, nel giudizio di rinvio conseguente alla cassazione della sentenza penale ai sensi dell'art. 622 c.p.p., difettano i presupposti per far valere la responsabilità risarcitoria diretta del magistrato, posto che l'accertamento penale del fatto reato non è surrogabile con l'accertamento compiuto dal giudice civile ai fini della pronuncia sulla domanda risarcitoria, stante l'autonomia strutturale e funzionale del giudizio di rinvio.

XIV) LA COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO ALL'INDOMANI DELLE PRONUNCE A SEZIONI UNITE

(DI ANDREA PENTA)

SOMMARIO: 1. Premessa: l'approccio metodologico delle Sezioni Unite. 2. Le direttrici sottese alle pronunce delle Sezioni Unite: la pensione di reversibilità. 3. L'indennizzo assicurativo. 4. La rendita Inail da infortunio *in itinere*. 5. La detraibilità dell'indennità di accompagnamento. 6. Le questioni rimaste irrisolte: le spese per le prestazioni a domicilio erogate dal servizio pubblico. 7. Il danno conseguente al contagio a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto. 8. Un meccanismo di surrogazione o di rivalsa è sempre indefettibile? 9. Il vantaggio frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato. 10. Le polizze infortuni. 11. L'omogeneità dei beni. 12. L'assicurazione sulla vita. 13. L'indennità di malattia, la pensione di invalidità e le prestazioni assistenziali. 14. La finalità solidaristica perseguita. 15. Conclusioni.

1. Premessa: l'approccio metodologico delle Sezioni Unite.

Nel risolvere le varie questioni che si agitano intorno all'istituto della *compensatio lucri cum damno*, le Sezioni Unite hanno fornito i criteri direttivi cui affidarsi per il futuro.

Importante è dare atto preliminarmente dell'approccio metodologico adottato dalla Suprema Corte.

Gli interrogativi posti dalle ordinanze interlocutorie, ai quali era sottesa una richiesta indistinta e omologante di tutte le possibili evenienze legate al sopravvenire, al fatto illecito produttivo di conseguenze dannose, di benefici collaterali al danneggiato, sono stati esaminati dalle Sezioni Unite nei limiti della loro rilevanza: fino al punto, cioè, in cui essi rappresentavano un presupposto o una premessa sistematica indispensabile per l'enunciazione, a risoluzione dei contrasti di giurisprudenza, di principi di diritto legati all'orizzonte di attesa delle fattispecie concrete.

Questa delimitazione di ambito e di prospettiva, secondo i giudici di legittimità, non rappresenta il frutto di una scelta discrezionale del Collegio decidente, ma conseguenza che si ricollega alle funzioni ordinamentali e alle attribuzioni processuali delle Sezioni Unite, alle quali è affidata, non l'enunciazione di principi generali e astratti o di verità dogmatiche sul diritto, ma la soluzione di questioni di principio di valenza nomofilattica pur sempre riferibili alle specificità del singolo caso della vita.

Se ne ha una conferma nella stessa previsione dell'art. 363 c.p.c., perché, anche là dove la Corte di cassazione è chiamata ad enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge, si tratta, tuttavia, del principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi nella risoluzione della specifica controversia.

Da ciò consegue che, per quanto le decisioni in esame abbiano una valenza nomofilattica, l'intento sotteso alle stesse non è quello di dare una soluzione a tutte le molteplici fattispecie che potrebbero verificarsi, ma di fornire pratici criteri

sulla cui base risolverle.

Apprezzabile è senz'altro l'opzione per una regola non rigida, come quella che avrebbe potuto portare sempre ed in ogni caso ad escludere *a priori* l'esistenza stessa del danno in presenza di un vantaggio riconducibile alla condotta illecita, avallando un approccio diversificato a seconda della fattispecie.

Una verifica caso per caso consente, infatti, di selezionare le ipotesi di operatività del meccanismo, nel senso di ammetterne l'operatività ogni qualvolta sia rinvenibile nell'ordinamento un correttivo di tipo equitativo che valorizzi l'indifferenza del risarcimento, ma, nello stesso tempo, eviti che della stessa benefici l'autore dell'illecito.

Non esiste, invero, un unico principio generale qualificabile come *compensatio lucri cum damno*, ma un principio di tal fatta, ammesso (e non concesso) che possa trovare un fondamento sul piano normativo o che, comunque, possa essere consacrato come regola giurisprudenziale alla stregua del diritto vivente, può essere applicato differenziando caso per caso.

In quest'ottica, può essere compresa l'affermazione contenuta in tutte le pronunce, a mente della quale « La selezione tra i casi in cui ammettere o negare il diffalco deve essere fatta, dunque, per classi di casi, passando attraverso il filtro di quella che è stata definita la “giustizia” del beneficio e, in questo ambito, considerando la funzione specifica svolta dal vantaggio ».

Ed è alla stregua di tali criteri che nel presente scritto si analizzeranno, senza ovviamente pretese di esaustività (data la magmaticità della materia), le questioni rimaste irrisolte anche all'indomani delle pronunce delle Sezioni Unite.

L'analisi deve, però, essere preceduta inevitabilmente da una rapida rassegna delle dette pronunce, onde estrapolarne le linee direttive.

2. Le direttrici sottese alle pronunce delle Sezioni Unite: la pensione di reversibilità.

Le Sezioni Unite, risolvendo un contrasto che era insorto all'interno delle sezioni semplici (in particolare, tra n. 20548 del 2014, Rv. 632962 – 01, conforme all'indirizzo poi condiviso, e n. 13537 del 2014, Rv. 631440 - 01), hanno statuito che al risarcimento del danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui non deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità accordata dall'Inps al familiare superstite in conseguenza della morte del congiunto, trattandosi di una forma di tutela previdenziale connessa ad un peculiare fondamento solidaristico e non geneticamente connotata dalla finalità di rimuovere le conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito del terzo (Sez. U, n. 12564/2018, Giusti, Rv. 648647 - 01).

La sentenza n. 12564/2018, delineando una impostazione comune anche alle altre tre sentenze di pari data (su cui *postea*), evidenzia che la soluzione della

specifica questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite coinvolge un tema di carattere più generale, che attiene alla individuazione della attuale portata del principio della *compensatio lucri cum damno* e sollecita una risposta all'interrogativo se e a quali condizioni, nella determinazione del risarcimento del danno da fatto illecito, accanto alla poste negative si debbano considerare, operando una somma algebrica, le poste positive che, successivamente al fatto illecito, si presentano nel patrimonio del danneggiato.

A ben vedere, l'ordinanza di rimessione poneva un quesito di portata più ampia di quello riguardante la detraibilità o meno della pensione di reversibilità: se, in tema di risarcimento del danno, ai fini della liquidazione dei danni civili il giudice debba limitarsi a sottrarre dalla consistenza del patrimonio della vittima anteriore al sinistro quella del suo patrimonio residuo al sinistro stesso, senza far ricorso prima alla liquidazione e poi alla *compensatio*; e se, di conseguenza, quando l'evento causato dall'illecito costituisce il presupposto per l'attribuzione alla vittima, da parte di soggetti pubblici o privati, di benefici economici il cui risultato diretto o mediato sia attenuare il pregiudizio causato dall'illecito, di questi il giudice debba tener conto nella stima del danno, escludendone l'esistenza per la parte ristorata dall'intervento del terzo.

Avuto riguardo alla questione concernente la necessità, in tema di danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui, di detrarre (o meno) dall'ammontare del risarcimento il valore capitale (*recte*, capitalizzato) della pensione di reversibilità percepita dal superstite in conseguenza della morte del congiunto, le Sezioni Unite affidano il rovesciamento dell'orientamento tradizionale, anzitutto, al rilievo che l'art. 1223 c.c. esige una lettura unitaria, e non asimmetrica, sia quando si tratta di accertare il danno sia quando si tratta di accertare il vantaggio per avventura originato dal medesimo fatto illecito¹¹⁰.

In quest'ottica, vantaggi e svantaggi derivati da una medesima condotta possono compensarsi anche se alla produzione di essi abbiano concorso, insieme alla condotta umana, altri atti o fatti, ovvero direttamente una previsione di legge.

A dirla in termini diversi, per quantificare le conseguenze pregiudizievoli dell'illecito dal punto di vista economico, non potrebbe spezzarsi la serie causale e ritenere che il danno derivi dall'illecito e l'incremento patrimoniale rappresentato dalla pensione di reversibilità no, e ciò perché senza il primo non vi sarebbe stato il secondo.

¹¹⁰ Occorre, cioè, superare l'inconveniente di una interpretazione "asimmetrica" dell'art. 1223 c.c.: una interpretazione che, quando si tratta di accertare il danno, ritiene che il rapporto fra illecito ed evento possa anche non essere diretto ed immediato, mentre esige al contrario che lo sia, quando passa ad accertare il vantaggio per avventura originato dal medesimo fatto illecito.

A sostegno della soluzione nel senso della detraibilità si richiama, inoltre, il *principio di indifferenza*: il risarcimento non deve impoverire il danneggiato, ma neppure arricchirlo, sicché non può creare in favore di quest'ultimo una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il fatto dannoso non fosse avvenuto, immettendo nel suo patrimonio un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa indotta dall'illecito.

Se l'atto dannoso porta, accanto al danno, un vantaggio, quest'ultimo deve essere calcolato in diminuzione dell'entità del risarcimento: infatti, il danno non deve essere fonte di lucro e la misura del risarcimento non deve superare quella dell'interesse leso o condurre, a sua volta, ad un arricchimento ingiustificato del danneggiato. Questo principio è desumibile dall'art. 1223 c.c., il quale implica, in linea logica, che l'accertamento conclusivo degli effetti pregiudizievoli tenga anche conto degli eventuali vantaggi collegati all'illecito in applicazione della regola della causalità giuridica. Se così non fosse - se, cioè, nella fase di valutazione delle conseguenze economiche negative, dirette ed immediate, dell'illecito non si considerassero anche le poste positive derivate dal fatto dannoso -, il danneggiato ne trarrebbe un ingiusto profitto, oltre i limiti del risarcimento riconosciuto dall'ordinamento giuridico (nel senso che il risarcimento è finalizzato a sollevare dalle conseguenze pregiudizievoli dell'altrui condotta e non a consentire una ingiustificata locupletazione del soggetto danneggiato, cfr. Sez. 1, n. 16088/2018, Nazzicone, Rv. 649565 – 01).

In altri termini, il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve, invece, essere collocato nella stessa *curva di indifferenza* in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento.

E' da questo passaggio logico che parte l'*iter* motivazionale della sentenza, la quale ritiene controversi la portata e l'ambito di operatività della *compensatio*, soprattutto là dove il vantaggio acquisito al patrimonio del danneggiato in connessione con il fatto illecito derivi da un titolo diverso e vi siano due soggetti obbligati, appunto sulla base di fonti differenti.

E' la situazione che si verifica quando, accanto al rapporto tra il danneggiato e chi è chiamato a rispondere civilmente dell'evento dannoso, si profila un rapporto tra lo stesso danneggiato ed un soggetto diverso, a sua volta obbligato, per legge o per contratto, ad erogare al primo un beneficio collaterale. A titolo esemplificativo, viene fatto l'esempio dell'assicurazione privata contro i danni, nella quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato,

entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro; o, ancora, dei benefici della sicurezza e dell'assistenza sociale, da quelli legati al rapporto di lavoro (e scaturenti dalla tutela contro gli infortuni e le malattie professionali) a quelli rivolti ad assicurare ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere una tutela assistenziale; o, infine, delle numerose previsioni di legge che contemplan indennizzi o speciali elargizioni che lo Stato corrisponde, per ragioni di solidarietà, a coloro che subiscono un danno in occasione di disastri o tragedie e alle vittime del terrorismo o della criminalità organizzata.

A ben vedere, la vicenda sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite si colloca proprio in quest'ambito. In essa il duplice rapporto bilaterale è rappresentato, da un lato, dalla relazione creata dal fatto illecito, permeata dalla disciplina della responsabilità civile, che garantisce, dopo il decesso della vittima primaria in conseguenza del sinistro stradale, il risarcimento del danno patrimoniale sofferto dai familiari in conseguenza della perdita del sostentamento economico loro assicurato in vita dal congiunto; dall'altro, dalla relazione discendente dalla legislazione previdenziale, la quale, attraverso la pensione di reversibilità, assicura a quei medesimi familiari un trattamento economico alla morte del titolare della posizione previdenziale, anche quando il decesso dipenda dal fatto illecito di un terzo.

In questa ed in altre fattispecie simili si tratta di stabilire se l'incremento patrimoniale realizzatosi in connessione con l'evento dannoso per effetto del beneficio collaterale avente un proprio titolo e una relazione causale con un diverso soggetto tenuto per legge o per contratto ad erogare quella provvidenza debba restare nel patrimonio del danneggiato cumulandosi con il risarcimento del danno o debba essere considerato ai fini della corrispondente diminuzione dell'ammontare del risarcimento.

Le Sezioni Unite affermano, infine, che, nelle ipotesi in cui, pur in presenza di titoli differenti, vi sia unicità del soggetto responsabile del fatto illecito fonte di danni ed al contempo obbligato a corrispondere al danneggiato una provvidenza indennitaria vale la regola del diffalco, dall'ammontare del risarcimento del danno, della posta indennitaria avente una cospirante finalità compensativa.

La *compensatio* opera, cioè, in tutti i casi in cui sussista una coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio, con l'effetto di assicurare al danneggiato una reintegra del suo patrimonio completa e senza duplicazioni.

A riprova della correttezza di tale metodologia viene richiamato il precedente, sempre a Sezioni Unite (Sez. U, n. 00584/2008, Segreto, Rv. 600919 - 01), con il quale era stato affermato che l'indennizzo corrisposto al danneggiato, ai sensi della legge 25 febbraio 1992, n. 210, a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto deve

essere integralmente scomputato dalle somme spettanti a titolo di risarcimento del danno, venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero della salute) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo (sul punto vedasi *postea*).

E' a questo punto che le Sezioni Unite forniscono il loro apporto originale e costruttivo alla questione, affermando che la sollecitazione a compiere la verifica in tema di assorbimento del beneficio nel danno in base ad un *test* eziologico unitario, secondo il medesimo criterio causale prescelto per dire risarcibili le poste dannose, non può spingersi fino al punto di attribuire rilevanza a ogni vantaggio indiretto o mediato, perché ciò condurrebbe ad un'eccessiva dilatazione delle poste imputabili al risarcimento, finendo con il considerare il verificarsi stesso del vantaggio un merito da riconoscere al danneggiante.

In quest'ottica, non possono rientrare nel raggio di operatività della *compensatio* i casi in cui il vantaggio si presenti come il frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato, come avviene nell'ipotesi della nuova prestazione lavorativa da parte del superstite, prima non occupato, in conseguenza della morte del congiunto.

Allo stesso modo, nel determinare il risarcimento del danno, non sono computabili gli effetti favorevoli derivanti dall'acquisto dell'eredità da parte degli eredi della vittima: la successione ereditaria, infatti, è legata non già al fatto di quella morte, bensì al fatto della morte in generale, che si sarebbe verificata (anche se in un momento successivo) in ogni caso, a prescindere dall'illecito.

A supporto di questa tesi viene richiamato quell'insegnamento dottrinale (P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 82) a mente del quale le conseguenze vantaggiose, come quelle dannose, possono computarsi solo finché rientrino nella serie causale dell'illecito, da determinarsi secondo un criterio adeguato di causalità¹¹¹, sicché il beneficio non è computabile in detrazione con l'applicazione della *compensatio* allorché trovi altrove la sua fonte e nell'illecito solo un coefficiente causale.

Il secondo passaggio fondante della struttura motivazionale della sentenza è rappresentato dalla convinzione secondo cui affidare il criterio di selezione tra i casi in cui ammettere o negare il cumulo all'asettico utilizzo delle medesime regole anche per il vantaggio finirebbe per ridurre la quantificazione del danno, e l'accertamento della sua stessa esistenza, ad una mera operazione contabile, trascurando così la doverosa indagine sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione

¹¹¹ In virtù del criterio della regolarità causale, sono risarcibili i danni diretti ed immediati oppure quelli mediati ed indiretti, qualora rientranti nelle normali conseguenze del fatto.

patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato.

Invece, ai fini della delineazione di quel criterio di selezione, proprio da tale indagine occorre muovere, guardando alla funzione di cui il beneficio collaterale si rivela essere espressione, per accertare se esso sia compatibile o meno con una imputazione al risarcimento.

Partendosi dal presupposto per cui la determinazione del vantaggio computabile richiede che il vantaggio sia causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito, in tanto le prestazioni del terzo incidono sul danno in quanto siano erogate in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato. La prospettiva non è, quindi, quella della coincidenza formale dei titoli, ma quella del collegamento funzionale tra la causa dell'attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria.

Si arriva, infine, nello sviluppo delle ragioni sottese alla decisione, a quello che probabilmente ne costituisce il fulcro.

Secondo le Sezioni Unite, occorre, infatti, altresì accertare se l'ordinamento abbia coordinato le diverse risposte istituzionali, del danno da una parte e del beneficio dall'altra, prevedendo un meccanismo di surroga o di rivalsa, capace di valorizzare l'indifferenza del risarcimento, ma nello stesso tempo di evitare che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un vantaggio inaspettato per l'autore dell'illecito.

Solo attraverso la predisposizione di quel meccanismo, teso ad assicurare che il danneggiante rimanga esposto all'azione di "recupero" ad opera del terzo da cui il danneggiato ha ricevuto il beneficio collaterale, può aversi detrazione della posta positiva dal risarcimento.

Il passaggio chiave è il seguente: <<Se così non fosse, se cioè il responsabile dell'illecito, attraverso il non-cumulo, potesse vedere alleggerita la propria posizione debitoria per il solo fatto che il danneggiato ha ricevuto, in connessione con l'evento dannoso, una provvidenza indennitaria grazie all'intervento del terzo, e ciò anche quando difetti la previsione di uno strumento di riequilibrio e di riallineamento delle poste, si avrebbe una sofferenza del sistema, finendosi con il premiare, senza merito specifico, chi si è comportato in modo negligente>>.

Non corrisponde, infatti, al principio di razionalità-equità che la sottrazione del vantaggio sia consentita in tutte quelle vicende in cui l'elisione del danno con il beneficio pubblico o privato corrisposto al danneggiato a seguito del fatto illecito finisca per avvantaggiare esclusivamente il danneggiante, apparendo preferibile in tali evenienze favorire chi senza colpa abbia subito l'illecito rispetto a chi colpevolmente lo abbia causato.

Peraltro, chiariscono le Sezioni Unite, stabilire quando accompagnare la previsione del beneficio con l'introduzione di tale meccanismo di surrogazione o

di rivalsa, il quale consente al terzo di recuperare le risorse impiegate per erogare una provvidenza che non rinviene il proprio titolo nella responsabilità risarcitoria, è una scelta spettante al legislatore. Ad esso soltanto compete, in definitiva, trasformare quel duplice, ma separato, rapporto bilaterale in una relazione trilaterale, così apprestando le condizioni per il dispiegamento dell'operazione di scomputo.

In conclusione, i due presupposti essenziali per poter svolgere la decurtazione del vantaggio sono: a) il contenuto, "per classi omogenee o per ragioni giustificatrici", del vantaggio; b) la previsione, appunto, di un meccanismo di surroga, di rivalsa o di recupero, che "instaura la correlazione tra classi attributive altrimenti disomogenee".

Così, in tutti i casi in cui sia una norma legislativa ad attribuire, "senza regolare l'eventuale rapporto con il tema risarcitorio", un vantaggio collaterale, il giudice della responsabilità civile non può procedere, *tout court*, ad effettuare l'operazione compensativa o di defalco. Se così facesse, egli vanificherebbe il senso più profondo della previsione normativa costituente il titolo dell'attribuzione, che risiederebbe nell'assunzione da parte della generalità del carico di determinati svantaggi subiti dal o dai soggetti danneggiati, non nella volontà di premiare chi si è comportato in modo negligente o di alleggerire la sua posizione debitoria.

E' alla luce degli enunciati principi che le Sezioni Unite risolvono la specifica questione oggetto del contrasto.

Invero, dopo aver premesso che la pensione di reversibilità appartiene al più ampio *genus* delle pensioni ai superstiti, affermano che è una forma di tutela previdenziale nella quale l'evento protetto è la morte, vale a dire un fatto naturale che, secondo una presunzione legislativa, crea una situazione di bisogno per i familiari del defunto, i quali sono i soggetti protetti.

Nella pensione di reversibilità, la finalità previdenziale "si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico" (Corte cost., sentenza n. 174 del 2016). Si tratta di una solidarietà che "si realizza quando il bisogno colpisce i lavoratori ed i loro familiari per i quali, però, non può prescindere dalla necessaria ricorrenza dei due requisiti della vivenza a carico e dello stato di bisogno, i quali si pongono come presupposti del trattamento". Per effetto della morte del lavoratore, dunque, "la situazione pregressa della vivenza a carico subisce interruzione", ma il trattamento di reversibilità "realizza la garanzia della continuità del sostentamento ai superstiti" (Corte cost., sentenza n. 286 del 1987).

L'erogazione della pensione di reversibilità non è *geneticamente* connotata dalla finalità di rimuovere le conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito del terzo. Quell'erogazione non soggiace ad una logica e ad una finalità di tipo indennitario, ma costituisce piuttosto l'adempimento di una

promessa rivolta dall'ordinamento al lavoratore-assicurato che, attraverso il sacrificio di una parte del proprio reddito lavorativo, ha contribuito ad alimentare la propria posizione previdenziale: la promessa che, a far tempo dal momento in cui il lavoratore, prima o dopo il pensionamento, avrà cessato di vivere, *quale che sia la causa o l'origine dell'evento protetto*, vi è la garanzia, per i suoi congiunti, di un trattamento diretto a tutelare la continuità del sostentamento e a prevenire o ad alleviare lo stato di bisogno.

Sussiste, dunque, una ragione giustificatrice che non consente il computo della pensione di reversibilità in differenza alle conseguenze negative che derivano dall'illecito, perché quel trattamento previdenziale non è erogato in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dal danneggiato, ma risponde ad un diverso disegno attributivo causale. La causa più autentica di tale beneficio deve essere individuata nel rapporto di lavoro pregresso, nei contributi versati e nella previsione di legge: tutti fattori che si configurano come serie causale indipendente e assorbente rispetto alla circostanza (occasionale e giuridicamente irrilevante) che determina la morte.

Ciò in quanto la pensione di reversibilità spetta per il fatto-decesso come tale, senza alcuna rilevanza della causa, naturale o umana, di esso; ed è attribuita, alle condizioni stabilite dalla normativa, come effetto delle contribuzioni che il lavoratore ha pagato nel corso dello svolgimento del rapporto. In questa prospettiva, l'occasione materiale del decesso, ossia il fatto illecito altrui, resta del tutto confinata all'esterno (direi, sullo sfondo) di questa erogazione previdenziale; e scomputarne l'importo quando per evenienza il decesso abbia origine da un illecito civile produrrebbe conseguenze di dubbia costituzionalità.

Da ultimo, le Sezioni Unite hanno sottoposto a revisione critica un non minoritario indirizzo, secondo cui negare la *compensatio* tra risarcimento del danno patrimoniale da uccisione del congiunto e pensione di reversibilità avrebbe finito per "abrogare in via di fatto" l'azione di surrogazione spettante all'ente previdenziale, privando l'assicuratore sociale o l'ente previdenziale di un diritto loro "espressamente attribuito dalla legge".

In realtà, chiariscono le Sezioni Unite, nessuna delle norme richiamate nella sentenza n. 13537 del 2014 lascia chiaramente intendere la sussistenza di un subentro dell'Inps nei diritti del familiare superstite, percettore del trattamento pensionistico di reversibilità, verso i terzi responsabili del fatto illecito che ha determinato la morte del congiunto.

Invero, la surrogazione dell'art. 1916, quarto comma, c.c. si applica alle assicurazioni sociali contro gli infortuni sul lavoro; l'art. 14 della legge 12 luglio 1984, n. 222, prevede la surroga delle prestazioni in tema di invalidità pensionabile, che non sono assimilabili alla pensione di reversibilità ai superstiti; analogamente,

l'art. 41 della legge 4 novembre 2010, n. 183, stabilisce sì, a vantaggio dell'ente erogatore, il recupero, nei confronti del responsabile civile e della compagnia di assicurazioni, delle prestazioni erogate in conseguenza del fatto illecito di terzi, ma con riguardo alle pensioni, agli assegni e alle indennità, spettanti agli invalidi civili ai sensi della legislazione vigente; infine, l'art. 42 della medesima legge, nel disciplinare le comunicazioni delle imprese di assicurazione all'Inps, si occupa delle azioni surrogatorie e di rivalsa spettanti all'ente assicuratore «nei casi di infermità comportante incapacità lavorativa, derivante da responsabilità di terzi».

In quest'ottica, non ricorre l'ulteriore presupposto costituito dal subentro del terzo erogatore della pensione nei diritti spettanti al danneggiato e, per l'effetto, si deve pervenire alla conclusione che dal risarcimento del danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui non debba essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità accordata dall'Inps al familiare superstite in conseguenza della morte del congiunto.

3. L'indennizzo assicurativo.

Non vi è dubbio che la questione intorno alla quale il contrasto era più acceso e sulla quale si attendeva, pertanto, maggiormente un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite fosse quella concernente la detraibilità (o meno) dal *quantum* risarcitorio dell'indennizzo assicurativo.

L'occasione è stata offerta dalla nota vicenda del disastro aereo verificatosi nei cieli di Ustica.

Dopo aver ribadito i concetti già espressi con la sentenza n. 12564 in ordine alle differenti conseguenze che dovrebbero derivare, sul piano pratico, a seconda che il vantaggio (acquisito al patrimonio del danneggiato in connessione con il fatto illecito) derivi da un titolo diverso e vi siano due soggetti obbligati (appunto sulla base di fonti differenti) o che, pur in presenza di titoli differenti, vi sia unicità del soggetto responsabile del fatto illecito fonte di danni ed al contempo obbligato a corrispondere al danneggiato una provvidenza indennitaria, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 12565/2018 (Giusti, Rv. 648648 – 01; in passato cfr. n. 13233 del 2014, Rv. 631753 - 01), evidenziano che, nella fattispecie in esame, sussistendo la responsabilità del terzo per il danno prodotto da un sinistro per il cui rischio il danneggiato si era in precedenza assicurato, a quest'ultimo spetterebbero distinti diritti di credito: da un lato, il credito di risarcimento nei confronti del responsabile e, dall'altro, il credito di indennizzo nei confronti dell'assicuratore.

Dopo aver delineato i due orientamenti formati, in seno alla giurisprudenza di legittimità, avuto riguardo all'ambito operativo della *compensatio* in presenza di una duplicità di posizioni pretensive di un soggetto verso due soggetti diversi tenuti, ciascuno, in base ad un differente titolo, le Sezioni Unite ribadiscono,

anche in tema di indennizzo assicurativo, che, se da un lato non può fornirsi una lettura asimmetrica dell'art. 1223 c.c., dall'altro, non può neppure attribuirsi rilevanza ad ogni vantaggio indiretto o mediato, perché ciò finirebbe con il considerare il verificarsi stesso del vantaggio un merito da riconoscere al danneggiante.

Ribadiscono altresì che diventa nevralgica, al fine di decidere in merito all'operatività o meno dello scomputo da *compensatio*, la doverosa indagine sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato, occorrendo guardare alla funzione di cui il beneficio collaterale si rivela essere espressione e dovendo depotenziare l'argomento della coincidenza formale dei titoli.

Ribadiscono, infine, che il meccanismo di surroga o di rivalsa è l'unico capace di valorizzare l'indifferenza del risarcimento, ma nello stesso tempo di evitare che quanto erogato dal terzo al danneggiato si traduca in un vantaggio inaspettato per l'autore dell'illecito.

Nell'analizzare la specifica questione oggetto del contrasto, le Sezioni Unite hanno, in primo luogo, evidenziato che, nell'assicurazione contro i danni, l'indennità assicurativa è erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dall'assicurato in conseguenza del verificarsi dell'evento dannoso, sicché essa soddisfa, neutralizzandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo autore del fatto illecito.

Quando si verifica un sinistro per il quale sussiste la responsabilità di un terzo, al danneggiato che si era assicurato per tale eventualità competono, quindi, due distinti diritti di credito che, pur avendo fonte e titolo diversi, tendono ad un medesimo fine: il risarcimento del danno provocato dal sinistro all'assicurato-danneggiato.

Tali diritti sono, però, concorrenti, giacché ciascuno di essi rappresenta, sotto il profilo funzionale, un mezzo idoneo alla realizzazione del medesimo interesse, che è quello dell'eliminazione del danno causato nel patrimonio dell'assicurato-danneggiato per effetto della verifica del sinistro, sicché l'assicurato-danneggiato non può pretendere dal terzo responsabile e dall'assicuratore degli 'indennizzi' che nel totale superino i danni che il suo patrimonio ha subito.

Ed ecco, dunque, riemergere la valenza assorbente del fine perseguito dagli emolumenti corrisposti e della funzione dagli stessi assicurata.

Infatti, dato il carattere sussidiario dell'obbligazione assicurativa, quando il danneggiato, prima di percepire l'indennizzo assicurativo, ottiene il risarcimento integrale da parte del responsabile, cessa l'obbligo di indennizzo dell'assicuratore (Sez. 2, n. 02595/1966, Pratis, Rv. 325000 - 01); se, invece, è l'assicuratore a

indennizzare per primo l'assicurato, quando il risarcimento da parte del terzo responsabile non ha ancora avuto luogo, allora, ai sensi dell'art. 1916 c.c., l'assicuratore è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare dell'indennità corrisposta, nel diritto dell'assicurato verso il terzo medesimo.

La surrogazione, infatti, secondo il ragionamento delle Sezioni Unite, mentre consente all'assicuratore di recuperare *aliunde* quanto ha pagato all'assicurato-danneggiato, impedisce a costui di cumulare, per lo stesso danno, la somma già riscossa a titolo di indennità assicurativa con quella ancora dovutagli dal terzo responsabile a titolo di risarcimento, e di conseguire così due volte la riparazione del pregiudizio subito. Senza la surrogazione, invece, l'assicurato danneggiato conserverebbe l'azione di risarcimento contro il terzo autore del fatto illecito anche per l'ammontare corrispondente all'indennità assicurativa ricevuta: ma l'art. 1916 gliela toglierebbe, perché la trasmetterebbe all'assicuratore. Il risarcimento resta, tuttavia, dovuto dal danneggiante per l'intero, essendo questi tenuto a rimborsare all'assicuratore l'indennità assicurativa e a risarcire l'eventuale maggior danno al danneggiato: la riscossione dell'indennità da parte dell'assicurato-danneggiato in conseguenza dell'evento dannoso non ha, quindi, alcuna incidenza sulla situazione del terzo responsabile, il quale deve risarcire, in ogni caso, l'intero danno.

Proseguendo nel solco ormai intrapreso, le Sezioni Unite attribuiscono alla surrogazione ai sensi dell'art. 1916 c.c. (dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili) una duplice e concorrente finalità: (a) anzitutto, la salvaguardia del principio indennitario (desumibile dagli artt. 1882, 1904, 1905, 1908, primo comma, 1909, 1910, terzo comma, c.c.), per cui la prestazione assicurativa non può mai trasformarsi in una fonte di arricchimento per l'assicurato e determinare, in suo favore, una situazione economica più vantaggiosa di quella in cui egli verserebbe se l'evento dannoso non si fosse verificato; (b) in secondo luogo, la conservazione del principio di responsabilità (artt. 1218 e 2043 c.c.), per cui l'autore del danno è in ogni caso tenuto all'obbligazione risarcitoria, senza possibilità di vedere elisa o ridotta l'entità della relativa prestazione per effetto di una assicurazione non da lui, o per lui, stipulata. A queste finalità ne viene aggiunta una terza, vale a dire quella di consentire all'ente assicuratore, attraverso il recupero della perdita costituita dalla somma erogata a titolo di indennità, una riduzione dei costi di gestione del ramo e quindi, tendenzialmente, un contenimento del livello dei premi nei limiti in cui l'assicuratore sia in grado di recuperare dai terzi responsabili quanto erogato in forza dei propri impegni contrattuali.

Inoltre, viene sottoposta a critica la lettura, fornita da una parte della giurisprudenza, che ammette la cumulabilità, in capo all'assicurato che abbia

riscosso l'indennità dalla propria compagnia, dell'intero ammontare del risarcimento del danno dovuto dal terzo responsabile, secondo cui, per perfezionare la vicenda successiva della surrogazione e sancire la perdita del diritto al risarcimento in capo all'assicurato, non basterebbe il fatto oggettivo del pagamento dell'indennità, ma occorrerebbe anche il presupposto soggettivo della comunicazione, indirizzata dall'assicuratore al terzo responsabile, di avere pagato e di volersi surrogare al proprio assicurato. La surrogazione, cioè, a dire dell'opinione criticata, opererebbe solo se e nel momento in cui l'assicuratore comunicasse al terzo responsabile l'avvenuta *solutio* e manifestasse contestualmente la volontà di surrogarsi nei diritti dell'assicurato verso il medesimo terzo, al fine appunto di rivalersi su questo della somma pagata a quello. Affinché, da potenziale che era, divenga attuale e operante, il diritto di surrogazione dell'assicuratore richiederebbe questa manifestazione di volontà *ad hoc* da parte dell'assicuratore, perché è alla sua iniziativa e disponibilità che la legge rimetterebbe il perfezionamento della successione a titolo derivativo nel diritto di credito.

E' appunto da una tale configurazione (la surrogazione dell'assicuratore intesa, non come effetto automatico del pagamento dell'indennità, ma come facoltà il cui esercizio dipende dall'assicuratore *solvens*) che discenderebbe, in base all'opinione non condivisa dalle Sezioni Unite, il corollario per cui, qualora l'assicuratore non si avvallesse di tale facoltà, il pagamento dell'indennizzo lascerebbe immutato il diritto dell'assicurato di agire per ottenere l'intero risarcimento del danno nei confronti del terzo responsabile senza che questi potesse opporgli in sottrazione - essendo diverso il titolo di responsabilità aquiliana rispetto alla fonte del debito indennitario gravante sull'assicuratore - l'avvenuta riscossione dell'indennità assicurativa.

Secondo le Sezioni Unite, poiché nel sistema dell'art. 1916 c.c. è con il pagamento dell'indennità assicurativa che i diritti contro il terzo si trasferiscono, *ope legis*, all'assicuratore, deve escludersi un ritrasferimento o un rimbalzo di tali diritti all'assicurato per il solo fatto che l'assicuratore si astenga dall'esercitarli.

Il subentro non è rimesso all'apprezzamento dell'assicuratore *solvens*. La perdita del diritto verso il terzo responsabile da parte dell'assicurato (che avviene contestualmente al pagamento del terzo) e l'acquisto da parte dell'assicuratore (che avviene nello stesso momento, salva rinuncia, preventiva o successiva) sono effetti interdipendenti e contemporanei basati sul medesimo fatto giuridico previsto dalla legge: il pagamento dell'indennità assicurativa. Questa interpretazione è confermata dall'analisi dell'art. 1203 c.c., il quale, attraverso l'ampio rinvio del n. 5 («negli altri casi stabiliti dalla legge»), è suscettibile di comprendere nell'ambito della surrogazione legale, operante di diritto, anche questa forma peculiare di successione a titolo particolare nel credito, nella quale la prestazione

dell'assicuratore è diretta ad estinguere un rapporto diverso da quello surrogato (cfr. Sez. U, n. 09554/1997, Morozzo della Rocca, Rv. 508394 - 01).

Attraverso l'automaticità, il legislatore, in ossequio al principio indennitario, ha voluto impedire proprio la possibilità per l'assicurato-danneggiato, una volta ricevuto l'indennizzo dall'assicuratore, di agire per l'intero nei confronti del terzo responsabile.

Da ultimo, viene sottoposta a critica la tesi che ammette la reclamabilità dell'intero risarcimento del danno in aggiunta al già conseguito indennizzo assicurativo sulla base della circostanza che l'assicurato abbia versato all'assicuratore dei regolari premi, che sarebbero altrimenti *sine causa*.

In sostanza, si tratta di una tesi che giustifica l'arricchimento della vittima in ragione del "rapporto oneroso di assicurazione", essendo irragionevole trattare allo stesso modo, sul piano risarcitorio, chi abbia e chi non abbia stipulato un rapporto assicurativo, con relativi oneri di pagamento del premio.

Ad avviso del Collegio, si tratta di conclusione non condivisibile, giacché nella assicurazione contro i danni la prestazione dell'indennità non è in rapporto di sinallagmaticità funzionale con la corresponsione dei premi da parte dell'assicurato, essendo l'obbligo fondamentale dell'assicuratore quello dell'assunzione e della sopportazione del rischio a fronte della obiettiva incertezza (che sussiste nel momento in cui il pagamento del premio viene effettuato) circa il verificarsi del sinistro e la solvibilità del terzo responsabile; tanto è vero che, se alla scadenza del contratto il rischio non si è verificato, il premio resta ugualmente dovuto. Il pagamento dei premi, in altri termini, è in sinallagma con il trasferimento del rischio, non con il pagamento dell'indennizzo.

E' pur vero che, non essendo, in base all'art. 1932 c.c., gli artt. 1910 e 1916 c.c. inderogabili, non vi sarebbero ragioni di contrasto con l'ordine pubblico nella pattuizione in virtù della quale una parte si premuri di garantirsi, dietro il pagamento di un premio, un indennizzo in caso di infortunio (o più indennizzi con una pluralità di polizze), a prescindere dalla circostanza che un terzo possa essere tenuto al risarcimento del danno da fatto illecito.

Tuttavia, questa pattuizione eventuale, ove ammessa, potrebbe consentire di superare il divieto di cumulo tra indennizzi in caso di pluralità di polizze infortuni (*ex* art. 1910 c.c.), mentre resterebbe aperta la questione del rapporto tra indennizzo contrattuale e risarcimento del danno (essendo l'eventuale deroga al principio indennitario contenuta nella polizza infortuni indifferente per il terzo responsabile, anche ai sensi dell'art. 1372, co. 2, c.c.). Il responsabile del danno potrebbe, pertanto, sempre invocare il fatto che il danneggiato abbia già ricevuto, in tutto o in parte, un indennizzo e limitarsi a risarcire il differenziale o, comunque, coinvolgere l'assicuratore per gli infortuni perché partecipi al ristoro

del danno.

4. La rendita Inail da infortunio *in itinere*.

Con la sentenza n. 12566/2018 (Giusti, Rv. 648649 - 01) le Sezioni Unite hanno analizzato e risolto la questione se dall'ammontare del danno risarcibile si debba scomputare la rendita per l'inabilità permanente riconosciuta dall'INAIL a seguito di infortunio occorso al lavoratore durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro (conf. **Sez. 3, n. 16580/2019, Scarano, Rv. 654558 – 01**), statuendo che l'indennità che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto è erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dall'assicurato in conseguenza del verificarsi dell'evento dannoso e soddisfa, neutralizzandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità del terzo autore del fatto illecito (negli stessi sostanziali termini si è espressa **Sez. L, n. 06269/2019, Patti, Rv. 653182 – 01**, in una fattispecie in cui erano state erogate una rendita Inail, nonché una pensione privilegiata ed un incentivo all'esodo agevolato).

Anche su tale questione la S.C., dopo aver dato atto dell'esistenza di un contrasto al suo interno (in particolare, tra n. 25733 del 2014, Rv. 633738 – 01, e n. 21897 del 2009, Rv. 609951 – 01), evidenzia che, in caso di infortunio sulle vie del lavoro scaturito da un fatto illecito di un terzo estraneo al rapporto giuridico previdenziale, la vittima può contare su un sistema combinato di tutele, basato sul concorso delle regole della protezione sociale garantita dall'INAIL e di quanto riveniente dalle regole civilistiche in materia di responsabilità.

Il duplice rapporto bilaterale è quindi rappresentato, per un verso, dal *welfare* garantito dal sistema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, che dà titolo ad ottenere le prestazioni dell'assicurazione, e, per l'altro verso, dalla relazione creata dal fatto illecito del terzo, permeata dalla disciplina della responsabilità civile.

E' in questo contesto che si tratta di stabilire se l'incremento patrimoniale realizzatosi in connessione con l'evento dannoso per effetto del beneficio collaterale avente un proprio titolo e una relazione causale con un diverso soggetto tenuto per legge o per contratto ad erogare quella provvidenza, debba restare nel patrimonio del danneggiato, cumulandosi con il risarcimento del danno, o debba essere considerato ai fini della corrispondente diminuzione dell'ammontare del risarcimento.

Nel rinviare ai paragrafi dedicati alle sentenze nn. 12564 e 12565 per un'analisi approfondita dei vari passaggi logici in comune posti a fondamento della decisione, le Sezioni Unite fondano l'intero impianto motivazionale, anche con riferimento alla fattispecie in esame, sul meccanismo di surroga o di rivalsa.

Avuto riguardo alla specifica questione oggetto del contrasto, il Collegio rileva

in primo luogo che, nell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, la rendita INAIL costituisce una prestazione economica a contenuto indennitario erogata in funzione di copertura del pregiudizio (l'inabilità permanente generica, assoluta o parziale, e, a seguito della riforma apportata dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, anche il danno alla salute) occorso al lavoratore in caso di infortunio sulle vie del lavoro.

In secondo luogo, evidenzia che il ristoro del danno coperto dall'assicurazione obbligatoria può presentare delle differenze nei valori monetari rispetto al danno civilistico (Cass., Sez. lav., 11 gennaio 2016, n. 208, non massimata; Sez. L, n. 09166/2017, F. Amendola, Rv. 644028 - 01). Nondimeno, la rendita corrisposta dall'INAIL soddisfa, neutralizzandola in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo, autore del fatto illecito, al quale sia addebitabile l'infortunio *in itinere* subito dal lavoratore.

Dopo aver impostato nei termini che precedono la questione, le Sezioni Unite tornano a porre al centro del ragionamento il diritto di surroga spettante all'Inail.

Il sistema normativo prevede un meccanismo di riequilibrio idoneo a garantire che il terzo responsabile dell'infortunio “sulle vie del lavoro”, estraneo al rapporto assicurativo, sia collateralmente obbligato a restituire all'INAIL l'importo corrispondente al valore della rendita per inabilità permanente costituita in favore del lavoratore assicurato.

Difatti, l'art. 1916 c.c. dispone che l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso il terzo danneggiante. Tale disposizione si applica, per espressa previsione, «anche alle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e contro le disgrazie accidentali», estendendosi così il diritto di surrogazione agli enti esercenti le assicurazioni sociali. Il diritto di surrogazione stabilito a favore dell'assicuratore comporta, per effetto del pagamento dell'indennità, una sostituzione personale *ope legis* di detto assicuratore all'assicurato-danneggiato nei diritti di quest'ultimo verso il terzo responsabile del danno.

Inoltre, l'art. 142 del codice delle assicurazioni private (approvato con il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) - nel riprodurre le previsioni contenute nell'abrogato art. 28 della legge 24 dicembre 1969, n. 990, sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti - stabilisce che, qualora il danneggiato sia assistito da assicurazione sociale, l'ente gestore di questa abbia diritto di ottenere direttamente dall'impresa di assicurazione il rimborso delle spese sostenute per le prestazioni erogate al danneggiato ai sensi delle leggi e dei regolamenti che disciplinano detta assicurazione, sempreché a quest'ultimo non sia già stato pagato il risarcimento. Proprio per evitare detta evenienza, il comma 2 del citato art. 142 prevede, in

continuità con la precedente disposizione, un articolato meccanismo di interpello del danneggiato, con la richiesta di una dichiarazione attestante che lo stesso non abbia diritto ad alcuna prestazione da parte di istituti che gestiscono assicurazioni sociali obbligatorie, e di comunicazione al competente ente di assicurazione sociale, ove il danneggiato dichiari di avere diritto a tali prestazioni.

Sullo specifico punto si segnala che la recente l. 30 dicembre 2018, n. 145 (con decorrenza dall'1 gennaio 2019), all'art. 1, comma 1126, lett. f), ha modificato il testo e la portata normativa del comma 2 dell'art. 142 cod. ass. nei termini che seguono:

«Prima di provvedere alla liquidazione del danno, l'impresa di assicurazione è tenuta a richiedere al danneggiato una dichiarazione attestante che lo stesso non ha diritto ad alcuna prestazione da parte di istituti che gestiscono assicurazioni sociali obbligatorie. Ove il danneggiato dichiari di avere diritto a tali prestazioni, l'impresa di assicurazione è tenuta a darne comunicazione al competente ente di assicurazione sociale e potrà procedere alla liquidazione del danno solo previo accantonamento di una somma **a valere sul complessivo risarcimento dovuto** idonea a coprire il credito dell'ente per le prestazioni erogate o da erogare **a qualsiasi titolo**» (n.d.r.: evidenziazione in grassetto dello scrivente).

Così formulata, la disposizione sembrerebbe prevedere che la somma da accantonarsi in favore dell'ente di assicurazione sociale, che, a sua volta, dovrebbe coprire il credito vantato dall'ente per le prestazioni erogate o erogande, debba essere decurtata dal complessivo risarcimento dovuto dall'impresa di assicurazione in favore del danneggiato, e non più distinguendo a seconda delle voci specifiche ristorate.

Le due norme - l'art. 1916 c.c., da una parte, e l'art. 142 del codice delle assicurazioni private, dall'altra - regolano rapporti intersoggettivi diversi, rispettivamente nei confronti del terzo responsabile e del suo assicuratore, e tuttavia contrassegnati da un elemento comune: la successione nel credito risarcitorio dell'assicurato-danneggiato, la quale attribuisce all'ente gestore dell'assicurazione sociale che abbia indennizzato la vittima la titolarità della pretesa nei confronti dei distinti soggetti obbligati, al fine di ottenere il rimborso tanto dei ratei già versati quanto del valore capitalizzato delle prestazioni future.

La surrogazione, secondo l'impostazione privilegiata dalle Sezioni Unite, mentre consente all'istituto di recuperare dal terzo responsabile le spese sostenute per le prestazioni assicurative erogate al lavoratore danneggiato, impedisce a costui di cumulare, per lo stesso danno, la somma già riscossa a titolo di rendita assicurativa con l'intero importo del risarcimento del danno dovutogli dal terzo, e di conseguire così due volte la riparazione del medesimo pregiudizio subito.

Il minimo comune denominatore è rappresentato dalla convinzione che le

somme che il danneggiato si sia visto liquidare dall'INAIL a titolo di rendita per l'inabilità permanente vanno detratte dall'ammontare dovuto, allo stesso titolo, dal responsabile al predetto danneggiato.

Infatti, mancando tale detrazione, il danneggiato verrebbe a conseguire un importo maggiore di quello cui ha diritto.

L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni è espressione del *favor* che la Costituzione e il legislatore hanno inteso accordare al lavoratore con l'addossare in ogni caso all'istituto le prestazioni previdenziali, le quali assumono perciò carattere di anticipazione rispetto all'assolvimento dell'obbligo a carico del responsabile (Corte cost., sentenza n. 134 del 1971). Ma l'intervento del sistema di sicurezza sociale attraverso l'erogazione della prestazione assicurativa non consente al lavoratore di reclamare un risarcimento superiore al danno effettivamente sofferto: gli consente, invece, di agire nei confronti del terzo, cui è addebitabile l'infortunio *in itinere*, per ottenere la differenza tra il danno subito e quello indennizzato, allo stesso titolo, dall'INAIL (e così le Sezioni Unite hanno fatto salvo il diritto del lavoratore di agire nei confronti del danneggiante per ottenere tale eventuale differenza). L'infortunato, pertanto, perde la legittimazione all'azione risarcitoria per la quota corrispondente all'indennizzo assicurativo riscosso o riconosciuto in suo favore, mentre conserva il diritto ad ottenere nei confronti del responsabile il residuo risarcimento ove il danno sia solo in parte coperto dalla detta prestazione assicurativa.

Per l'altro verso, l'ente previdenziale, avendo provveduto all'erogazione delle prestazioni indennitarie a causa del fatto illecito di un terzo estraneo al rapporto assicurativo, potrà pretendere attraverso la surrogazione, esercitabile anche nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile di detto terzo responsabile, il rimborso delle spese sostenute per erogare quelle prestazioni, in tal modo impedendo che il responsabile civile, avvantaggiandosi ingiustamente dell'intervento della protezione previdenziale in favore dell'infortunato, paghi soltanto il danno differenziale al lavoratore.

Il risarcimento resta pertanto dovuto dal responsabile del sinistro per l'intero, essendo questi tenuto a rimborsare all'ente gestore dell'assicurazione sociale le spese sostenute per le prestazioni erogate al lavoratore e a risarcire il maggior danno al danneggiato: la riscossione della rendita INAIL da parte dell'assicurato-danneggiato in conseguenza dell'evento dannoso non ha, quindi, alcuna incidenza sulla prestazione del terzo responsabile, il quale dovrà risarcire, in ogni caso, l'intero danno.

Inserendosi nel solco di tale impostazione, **Sez. 3, n. 14362/2019, Guizzi, Rv. 654202 – 01**, ha affermato che la rendita vitalizia in favore del coniuge superstite del lavoratore vittima di un infortunio *in itinere*, così come quella

temporanea liquidata ai figli, assolve ad una funzione di "anticipo" del ristoro del danno da perdita degli apporti economici garantiti dal familiare deceduto e va, quindi, detratta dall'ammontare del risarcimento dovuto, allo stesso titolo, da parte del terzo responsabile del fatto illecito ai congiunti, i quali, di conseguenza, hanno diritto ad ottenere l'importo residuo, nel caso in cui il danno liquidato sia stato soltanto in parte coperto dalla predetta prestazione assicurativa, e non somme ulteriori.

5. La detraibilità dell'indennità di accompagnamento.

Le Sezioni Unite (Sez. U, n. 12567/2018, Giusti, Rv. 648650 – 01) sono state chiamate a risolvere anche il contrasto di giurisprudenza (in particolare, tra n. 07774 del 2016, Rv. 639494 – 01, e n. 20548 del 2014, Rv. 632962 – 01) sulla questione se nella liquidazione del danno patrimoniale relativo alle spese di assistenza che una persona invalida (nel caso di specie, un neonato vittima di *malpractice* medica) è costretta a sostenere vita natural durante per l'assistenza personale, debba tenersi conto, in detrazione (del valore capitalizzato), della indennità di accompagnamento erogata dall'Istituto nazionale della previdenza sociale.

Ribadendo il concetto già espresso con le precedenti (sia pure contestuali, sul piano della pubblicazione) pronunce, le Sezioni Unite rinnovano il riconoscimento della valenza assorbente della ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale erogata dal terzo e della funzione in concreto assolta dal beneficio collaterale erogato ed individuano il punto cruciale dell'intera costruzione nel meccanismo di surroga o di rivalsa.

Venendo alla specifica questione oggetto del contrasto, le Sezioni Unite muovono dal rilievo che l'indennità di accompagnamento è riconosciuta dalla legge 11 febbraio 1980, n. 18, a favore di coloro, anche minori di diciotto anni, che si trovano nella impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore o che, non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita, abbisognano di un'assistenza continua.

Non v'è dubbio che alla base della previsione legislativa vi sia una finalità solidaristica ed assistenziale: con l'erogazione di quell'indennità a chi si trova in condizioni di bisogno, lo Stato corrisponde, infatti, ad un interesse di tutta la collettività, garantendo l'esistenza delle condizioni necessarie all'effettivo godimento dei diritti fondamentali e realizzando la tutela della persona umana in situazione di difficoltà.

L'afflato solidaristico della comunità che si esprime attraverso la scelta legislativa assistenziale di per sé non escluderebbe, secondo la S.C., il computo di quel beneficio ai fini dell'operazione di corretta stima del danno, ma sempre che ricorresse la seguente, duplice condizione:

a) che il vantaggio abbia la funzione di rimuovere le conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito;

b) che sia legislativamente previsto un meccanismo di riequilibrio idoneo ad assicurare che il responsabile dell'evento dannoso, destinatario della richiesta risarcitoria avanzata dalla vittima, sia collateralmente obbligato a restituire all'amministrazione pubblica l'importo corrispondente al beneficio da questa erogato all'assistito.

Sulla base di tali presupposti, le Sezioni Unite ritengono applicabile, nel caso di specie, lo scomputo da *compensatio*, con la sottrazione, dall'ammontare del risarcimento del danno, del valore capitalizzato della indennità di accompagnamento.

Per un verso, infatti, quest'ultima, prevista dalla legge ed erogata in favore del danneggiato in conseguenza della minorazione invalidante, è rivolta a fronteggiare e a compensare direttamente - e non mediatamente - il medesimo pregiudizio patrimoniale causato dall'illecito: appunto, quello consistente nella necessità di dover retribuire un collaboratore od assistente per le necessità della vita quotidiana del minore reso disabile per negligenza al parto.

Per altro verso, lo strumento di riequilibrio, idoneo ad escludere che l'autore della condotta dannosa finisca per giovare di quella erogazione solidaristica e, nello stesso tempo, a mantenere la stima del danno entro i binari della ragionevolezza e della proporzionalità, sarebbe rappresentato dall'art. 41 della legge 4 novembre 2010, n. 183.

Secondo questa disposizione, infatti, «le pensioni, gli assegni e le indennità, spettanti agli invalidi civili ai sensi della legislazione vigente, corrisposti in conseguenza del fatto illecito di terzi, sono recuperate fino a concorrenza dell'ammontare di dette prestazioni dall'ente erogatore delle stesse nei riguardi del responsabile civile e della compagnia di assicurazioni», mentre è rimessa ad un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (poi emanato in data 19 marzo 2013) la fissazione dei criteri e delle tariffe per la determinazione del valore capitale delle prestazioni erogate agli invalidi civili.

Si tratta, sostengono i giudici di legittimità, di una disposizione che - benché ancorata non al modello della successione a titolo particolare nel diritto di credito risarcitorio dell'assistito, ma a quello della previsione, in capo all'ente erogatore, di un diritto di credito autonomo e distinto¹¹² - è significativa per un duplice ordine

¹¹² Anche il diritto di surrogazione di cui all'art. 1916 c.c. va tenuto distinto da quello di regresso, atteso che, mentre quest'ultimo costituisce un diritto proprio dell'assicuratore, analogo a quello che compete al condebitore solidale ai sensi dell'art. 1299 c.c., il primo comporta la sostituzione dello stesso

di considerazioni.

In primo luogo, perché essa conferma logicamente la funzione compensativa dell'indennità di accompagnamento corrisposta all'invalido civile: una provvidenza che - quando l'invalidità dipenda, come nell'ipotesi di specie, dalla responsabilità del medico e della struttura ospedaliera - ha la specifica finalità di concorrere a rimuovere le conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito o dell'inadempimento e del danno che ne è derivato. In tanto, infatti, si giustifica il "recupero" da parte dell'ente erogatore del valore capitale dell'indennità di accompagnamento nei confronti del terzo autore della condotta dannosa, in quanto l'erogazione assistenziale condivide, con il risarcimento del danno, la finalità di riparare il pregiudizio rappresentato dagli oneri di assistenza.

In secondo luogo, perché quella previsione, componendo le risposte del sistema (dell'obbligo risarcitorio da responsabilità medica, da una parte, e dell'intervento solidaristico dell'assistenza sociale, dall'altra), determina i presupposti non solo per il recupero da parte dell'istituto erogatore, ma anche per una imputazione del beneficio collaterale al risarcimento, non potendo l'autore della condotta colposa essere tenuto a rispondere due volte per lo stesso fatto, una volta (verso il danneggiato) per un importo pari all'intero ammontare del danno risarcibile, l'altra (verso l'amministrazione pubblica) per un importo corrispondente al valore capitalizzato dell'indennità di accompagnamento erogato dall'Inps.

In sostanza, vista dal lato dell'assistito-danneggiato, la percezione del beneficio dell'indennità di accompagnamento, essendo rivolta alla medesima copertura degli oneri di assistenza provocati dal fatto illecito del terzo, assume la valenza di un anticipo, per ragioni di solidarietà sociale ed in presenza della lesione di interessi primari costituzionalmente protetti, della somma che potrà essere ottenuta dal terzo a titolo di risarcimento del danno. La previsione dell'azione *ex art. 41* della legge n. 183 del 2010, diretta a consentire all'istituto pubblico erogatore di recuperare dal terzo responsabile quanto corrisposto al proprio assistito, impedisce a quest'ultimo di cumulare, per lo stesso danno, la somma già riscossa a titolo di beneficio assistenziale con l'intero importo del risarcimento.

nei diritti dell'assicurato verso i responsabili del danno, non presuppone l'avvenuto esperimento dell'azione dell'assicurato ed il suo termine di prescrizione decorre dalla data dell'esborso dell'intero indennizzo.

6. Le questioni rimaste irrisolte: le spese per le prestazioni a domicilio erogate dal servizio pubblico.

Per quanto fosse strettamente connessa a quella relativa all'indennità di accompagnamento, le Sezioni Unite non si sono pronunciate sull'altra questione sollevata con l'ordinanza interlocutoria, avente ad oggetto le spese per le prestazioni a domicilio erogate dal servizio pubblico.

Sul punto le stesse si sono limitate ad escludere l'ammissibilità dei motivi che lamentavano la mancata detrazione anche del valore delle prestazioni a domicilio erogate dal Servizio sanitario regionale. Sotto questo profilo, infatti, le censure articolate non si confrontavano adeguatamente con la *ratio decidendi* che sosteneva la pronuncia della corte d'appello, la quale aveva evidenziato, con un accertamento di fatto congruamente motivato, che quelle prestazioni erano limitate ad alcuni accessi e non riducevano né elidevano la necessità di una continua assistenza, diurna e notturna, i cui oneri costituivano, invece, il danno emergente liquidato dal giudice del merito.

Di qui la non rilevanza, nella specie, di un problema di *compensatio*, posto che, appunto, quei servizi domiciliari non erano in sostanza rivolti alla copertura del medesimo pregiudizio ritenuto risarcibile dal giudice del merito.

Peraltro, in proposito, è opportuno ricordare che la Corte Suprema sembra essere orientata nel senso che, nel caso di cure mediche rese dal servizio sanitario nazionale in favore del danneggiato dal fatto illecito altrui, all'ente gestore non competerebbe l'azione di rivalsa prevista dall'art. 1916 c.c., né l'azione surrogatoria di cui all'art. 1203, n. 3, c.c., per difetto, in entrambi i casi, dei presupposti di legge (atteso che, dopo l'introduzione del principio di gratuità delle prestazioni medesime e la fiscalizzazione del relativo finanziamento, per un verso non è più riconoscibile al SSN la qualifica di assicuratore sociale, mentre, per altro verso, non esiste un diritto del danneggiato nel quale l'ente possa surrogarsi). Non competerebbe altresì l'azione speciale prevista dall'art. 1 l. 3 dicembre 1931, n. 1580, poiché tale disposizione è stata abrogata dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112. Per recuperare i costi delle prestazioni eseguite in favore del danneggiato, il servizio sanitario nazionale potrebbe agire per il risarcimento del danno extracontrattuale, *ex* art. 2043 c.c., nei confronti dell'autore del fatto illecito, stante l'obbligo dell'autore dell'illecito di risarcire tutte le conseguenze dirette dello stesso, compresi i costi sostenuti dal SSN per le cure mediche e l'assistenza sanitaria. A ciò non osterebbe la gratuità delle prestazioni sanitarie, che varrebbe solo nei rapporti fra servizio e degente, ma non escluderebbe la responsabilità aquiliana del danneggiante per i costi sostenuti a causa della sua condotta illecita. Il servizio non avrebbe titolo, tuttavia, ad agire per il recupero delle spese sostenute in favore delle vittime di sinistri derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore o dei

natanti, poiché tali prestazioni sanitarie sono già compensate *ex lege* mediante un contributo sui premi delle assicurazioni per la responsabilità civile, previsto dall'art. 334 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, espressamente definito come sostitutivo delle azioni spettanti alle Regioni e agli altri enti che erogano prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale (Sez. 3, n. 24289/2017, D'Arrigo, Rv. 645836 - 01).

7. Il danno conseguente al contagio a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto.

Consolidata deve reputarsi la giurisprudenza della S.C. in tema di risarcimento del danno conseguente al contagio a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto.

Fermo restando che la scomputabilità dell'indennizzo di cui alla l. n. 210 del 1992 deriva, ancor prima che dalla funzione ristoratrice del danno coincidente con quella del risarcimento, dalla coincidenza sul piano soggettivo del soggetto tenuto ad erogare l'indennizzo e di quello responsabile per omissione dei dovuti controlli (vale a dire, il Ministero della salute), per **Sez. 3, n. 04309/2019, Positano, Rv. 652747 – 01**, in caso di responsabilità per contagio da virus HBV, HIV o HCV a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto, opera la *compensatio* anche laddove solo in apparenza non sussista coincidenza fra il danneggiante e il soggetto che eroga la provvidenza - nella specie, rispettivamente, Azienda Sanitaria Locale e Regione Umbria -, allorquando possa comunque escludersi che, per effetto del diffalco, si determini un ingiustificato vantaggio per il responsabile, benché la l. n. 210 del 1992 non preveda un meccanismo di surroga e rivalsa sul danneggiante in favore di chi abbia erogato l'indennizzo. Da ciò si ricavano due importanti corollari: 1) il presupposto della coincidenza soggettiva, in presenza del quale è escluso il cumulo, deve essere scrutinato in termini sostanziali; 2) nell'ipotesi in cui si verifichi la detta coincidenza, viene meno la necessità della ricorrenza di un meccanismo riequilibratore analogo a quello previsto dall'art. 1916 c.c., vale a dire di uno dei presupposti reputati indefettibili dalle Sezioni Unite.

Sempre in materia **Sez. 3, n. 21837/2019, Scarano, Rv. 655085 – 02**, ha ribadito che, nel giudizio promosso nei confronti del Ministero della salute per il risarcimento del danno conseguente al contagio a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto, l'indennizzo di cui alla l. n. 210 del 1992 può essere scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno solo se sia stato effettivamente versato o, comunque, sia determinato nel suo preciso ammontare o determinabile in base a specifici dati della cui prova è onerata la parte che eccepisce il *lucrum*, posto che l'astratta spettanza di una somma suscettibile di essere compresa tra un minimo ed un massimo, a seconda della patologia riconosciuta, non equivale alla sua corresponsione e non fornisce elementi per individuarne l'esatto ammontare, né il carattere predeterminato delle tabelle consente di determinare, in mancanza di dati specifici cui è onerato chi eccepisce il

lucrum, il preciso importo da portare in decurtazione del risarcimento (**Sez. 3, n. 02778/2019, Moscarini, Rv. 652294 – 01**; in tal senso, in passato, v. Sez. 6 - 3, n. 14932/2013, De Stefano, Rv. 626869 – 01 e, più di recente, Sez. 3, n. 20909/2018, Moscarini, Rv. 650441 – 01). In applicazione del principio, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che, ai fini della detrazione dall'importo risarcitorio dell'indennizzo *ex lege* n. 210 del 1992, ne aveva ritenuto provata la corresponsione al dante causa dei ricorrenti, alla luce della documentazione versata in atti e delle allegazioni contenute nella citazione introduttiva del giudizio di primo grado, sebbene il relativo mandato di pagamento fosse stato prodotto senza quietanza.

Tuttavia, per quanto le Sezioni Unite nel 2008 (Sez. U, n. 00584/2008, cit.) abbiano avallato la tesi contraria al cumulo, l'indennizzo viene riconosciuto al soggetto leso come misura economica di sostegno aggiuntiva, volta a realizzare una forma di solidarietà puramente assistenziale (più precisamente, viene riconosciuto quando il cittadino subisce un danno alla salute nell'adempimento dei doveri di solidarietà), e per il solo fatto di aver subito un danno permanente in seguito al contagio, e sembra pertanto del tutto svincolato da un'eventuale responsabilità *ex art. 2043 c.c.*

8. Un meccanismo di surrogazione o di rivalsa è sempre indefettibile?

Al di là dei casi in cui non occorre (*recte*, non soccorre) un meccanismo di surrogazione o di rivalsa (cfr. il caso dell'indennizzo *ex lege* n. 210 del 1992 in precedenza analizzato) e di quelli in cui, con qualche forzatura, questo meccanismo è stato individuato sul piano normativo (cfr., quanto all'indennità di accompagnamento, l'art. 41 della legge 4 novembre 2010, n. 183; § 5.1.), è necessario domandarsi se sia sempre e comunque necessario ricercarlo e, soprattutto, quali siano le conseguenze, ai nostri fini, nel caso in cui siffatta ricerca dia esiti negativi.

Il tutto alla luce della considerazione generale per cui sia nel caso in cui il danneggiato riceva prima l'indennizzo assicurativo, sia nel caso in cui consegua prima il risarcimento, il danno — almeno per la quantità coperta dall'ammontare dell'indennizzo — è da considerarsi ormai ristorato. Nella prima evenienza l'intervento dell'assicuratore riesce ad elidere, almeno fino alla concorrenza del corrisposto a titolo di indennizzo, il pregiudizio sofferto dalla vittima, non potendosi pretendere il risarcimento di un danno che non sussiste più; nel secondo caso, l'assicuratore non è tenuto alla corresponsione di alcuna indennità, non essendovi più alcuna conseguenza lesiva da riparare. In definitiva, l'eventuale somma percepita dal danneggiato a titolo indennitario escluderebbe la sussistenza stessa, *in parte qua*, di un danno: un danno indennizzato, infatti, non dovrebbe essere più, per la parte indennizzata, tale, almeno nell'orbita di un sistema di responsabilità civile come il nostro che, salvo spunti di carattere (ancora)

settoriale, rifugge da intenti punitivi (nel senso di un'apertura, peraltro, si rinvia a Sez. U, n. 16601/2017, D'Ascola, Rv. 644914 – 01), sanzionatori o, comunque, *lato sensu* afflittivi per il danneggiante e si pone il solo scopo di rimediare, mediante la ricostituzione (in forma specifica o per equivalente monetario) del patrimonio del danneggiato, ad un'alterazione patrimoniale o patrimonialmente valutabile della di lui sfera giuridica. Così Cass. 13233/2014, cit., nel ribadire, in tema di polizze assicurative contro gli infortuni, la teoria del cd. “doppio binario” (sul punto, vedasi *postea*), ha affermato che indennizzo assicurativo e risarcimento non si potrebbero cumulare non già perché sarebbe operante in tale ipotesi il principio della *compensatio*, ma perché, nell'assicurazione contro i danni, un danno risarcibile non ci sarebbe più per la parte indennizzata dall'assicuratore.

L'ammissibilità del cumulo di indennizzo e risarcimento non dovrebbe, a rigore, farsi dipendere dalla circostanza che l'assicuratore del danneggiato abbia o meno manifestato la volontà di surrogarsi a quest'ultimo nei confronti del responsabile, *ex art.* 1916 c.c.; e ciò in quanto la surrogazione dell'assicuratore non dovrebbe interferire in alcun modo con il problema dell'esistenza del danno, essendo del tutto irrilevante che sia stato esercitato o meno tale diritto, giacché non può mai essere risarcito un danno non più esistente per essere stato indennizzato, almeno fino all'ammontare dell'indennizzo assicurativo.

In realtà, a ben vedere, l'istituto della surrogazione e la stima del danno da fatto illecito sono “sganciati”, perché la detrazione del vantaggio è necessaria per la corretta stima del danno, non per evitare al danneggiante un doppio pagamento; ne consegue che, una volta escluso qualsiasi nesso di implicazione reciproca o bilaterale, il pagamento effettuato dall'assicuratore sociale o privato dovrà sempre essere detratto dal risarcimento, a nulla rilevando né che l'ente pagatore non abbia diritto alla surrogazione, né che, avendolo, vi abbia rinunciato. Del resto, le stesse Sezioni Unite sembrerebbero essersi orientate in tal senso nel momento in cui, con riferimento al disastro aereo di Ustica, affermano che la Corte d'Appello di Roma ha <<correttamente escluso che X - che nel 1980 è stata integralmente tacitata dal proprio assicuratore, avendo incassato da A, per la perdita dell'aeromobile, un'indennità assicurativa di lire 3.800.000.000, importo superiore al valore corrente dell'aeromobile al momento del disastro, stimato dal c.t.u. in lire 1.586.510.540 - possa poi cumulare, per lo stesso danno, la somma già riscossa a titolo di indennità assicurativa con l'ammontare del risarcimento dovuto dai terzi responsabili, a nulla rilevando che A non abbia mai esercitato la surroga nei confronti dei Ministeri (la sottolineatura è dello scrivente). Infatti, una volta che abbia riscosso l'indennizzo dal proprio assicuratore, il danneggiato non può agire contro il responsabile se non per la differenza, non essendovi spazio per una doppia liquidazione a fronte di un pregiudizio identico. E poiché nella specie tale indennità è superiore al valore corrente dell'aeromobile al momento del disastro, essa, in assenza di prova della sua insufficienza rispetto

al danno effettivo, ha effettivamente eliso, secondo l'incensurabile apprezzamento dei giudici del merito, il danno, e con esso il diritto di X di ottenere, da parte delle Amministrazioni convenute, il risarcimento per la perdita dell'aeromobile>>.

Assolvendo, dunque, indennizzo e risarcimento ad una identica funzione, la corresponsione dell'indennizzo al danneggiato-assicurato produce l'effetto di elidere in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che pertanto si estingue, non potendo più essere preteso né azionato, e ciò anche prescindendo da un meccanismo di surroga o di rivalsa. La surrogazione dell'assicuratore non interferisce in alcun modo con il problema dell'esistenza del danno, e quindi con il principio indennitario: abbia o non abbia l'assicuratore rinunciato alla surroga, non potrebbe essere risarcito il danno inesistente *ab origine* o non più esistente, ed il danno indennizzato dall'assicuratore sarebbe un danno che avrebbe cessato di esistere dal punto di vista giuridico dal momento in cui la vittima avesse percepito l'indennizzo e fino all'ammontare di questo.

L'estinzione del diritto al risarcimento in capo all'assicurato avverrebbe per effetto del solo pagamento dell'indennità assicurativa e non in conseguenza della surrogazione, la quale, semmai, sarebbe un effetto (*posterius*) dell'estinzione e non la causa di essa.

E' chiaro, infine, che, qualora pagasse prima il responsabile, la percezione dell'integrale risarcimento da parte del danneggiato-creditore estinguerebbe l'obbligazione del danneggiante-debitore, di modo che l'assicuratore che avesse pagato l'indennizzo non potrebbe più agire in surrogazione, in quanto il danneggiante potrebbe validamente eccepire l'estinzione del proprio debito.

Ed allora, al di fuori dei casi in cui il detto meccanismo è espressamente contemplato in termini di riequilibrio, ciò non esclude che una verifica caso per caso consente di selezionare le ipotesi di operatività della *compensatio* ogni qualvolta sia rinvenibile nell'ordinamento un altro correttivo di tipo equitativo che valorizzi l'indifferenza del risarcimento, ma, nello stesso tempo, eviti che della stessa benefici l'autore dell'illecito.

Tale correttivo (al netto dei casi in cui, come visto, sussiste una coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge o contratto ad erogare il beneficio) dovrebbe essere individuato nella finalità o funzione economico-sociale (indennitaria o previdenziale) perseguita attraverso l'erogazione dell'indennizzo.

9. Il vantaggio frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato.

Sebbene non sempre sia agevole distinguere a seconda che il sacrificio, da parte del soggetto danneggiato, si traduca nel versamento di contributi (nel qual

caso, in tema di pensione di reversibilità, si è ammesso il cumulo con il risarcimento) o nella corresponsione di premi (nel qual caso, in tema di indennizzi assicurativi, si è, invece, avallata la tesi dello scomputo), a rigore, non potrebbero rientrare nel raggio di operatività della *compensatio* i casi in cui il vantaggio si presenti come il frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato, come avviene nell'ipotesi della nuova prestazione lavorativa da parte del superstite, prima non occupato, in conseguenza della morte del congiunto. In quest'ottica, per aversi nell'ambito del giudizio di responsabilità civile una riduzione del danno risarcibile, sarebbe necessario che con il danno prodotto concorresse un autentico lucro prodotto, vale a dire un "gratuito vantaggio economico".

In quest'ottica, il patto in deroga all'art. 1916 c.c. viene inteso, da una parte della dottrina¹¹³, come diretto a vantaggio dell'assicurato (cioè volto a consentire che questi ottenga sia il risarcimento integrale che l'indennizzo), e non del responsabile civile (nel senso che la compagnia, a fronte del maggior premio conseguito, si impegna preventivamente a non far valere il credito, in cui subentrerà, contro l'autore dell'illecito). Altrimenti, non si capirebbe la ragione per la quale l'assicurato contro gli infortuni dovrebbe accettare di pagare (come normalmente avviene nella prassi) un premio più elevato in cambio di un atto abdicativo che avvantaggerebbe (solo) un terzo. Tuttavia, il pagamento del premio è in sinallagma con il trasferimento del rischio e non con il pagamento dell'indennizzo, tanto è vero che, se alla scadenza del contratto il rischio non si è verificato, il premio resta ugualmente dovuto (cfr. § 3.5.). D'altra parte, se fosse sufficiente pagare il premio per cumulare indennizzo e risarcimento, e quindi trasformare il sinistro in una occasione di lucro, allora si dovrebbe conseguentemente ammettere che il contratto concluso non è più un'assicurazione, ma una scommessa, nella quale puntando una certa somma (il premio) lo scommettitore può ottenere una remunerazione complessiva assai superiore al danno subito. La possibilità di cumulare indennizzo e risarcimento darebbe luogo, in teoria, ad un interesse positivo dell'assicurato all'avverarsi del sinistro, venendo così meno sia il requisito strutturale e funzionale del rischio (che, ai sensi dell'art. 1895 c.c., deve configurarsi come la possibilità di avveramento di un evento futuro, incerto, dannoso e non voluto), sia il fondamentale requisito di un interesse dell'assicurato contrario all'avverarsi del sinistro, desumibile dall'art. 1904 c.c.

Sia pure sotto un diverso angolo visuale, non è chiaro se, in presenza di una

¹¹³ In dottrina, a favore della tesi del cumulo tra risarcimento del danno da illecito e indennizzo assicurativo, nel senso che l'indennità trova il suo corrispettivo nel pagamento del premio e che, in caso contrario, il premio sarebbe stato pagato *sine causa*: V. SALANDRA, *Assicurazione*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1966, sub art. 1916, 345; G. VOLPE PUTZOLU, voce «Assicurazioni contro i danni», nel *Digesto* IV ed., *Disc. priv.*, Sez. comm., I, Utet, 1987, 415.

previsione normativa nel senso della finalità indennitaria perseguita con il beneficio collaterale riconosciuto, l'indagine del giudice debba fermarsi o debba estendersi anche all'altro profilo, vale a dire l'esistenza, in favore del terzo che a vario titolo lo abbia erogato, di un meccanismo di surroga, di rivalsa o di recupero. Al contempo, se l'attribuzione avesse *expressis verbis* lo scopo di ristorare il pregiudizio subito dal danneggiato, occorrerebbe ugualmente scrutinare se la sua erogazione fosse o meno legata da un rapporto di sinallagmaticità (*recte*, di corrispettività) con un pregresso sacrificio economico gravante sul danneggiato. A voler prestare adesione alla soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, al fine di scomputare l'indennizzo patrimoniale dal risarcimento preteso dal danneggiato, non sarebbe sufficiente una previsione normativa in tal senso, così come non sarebbe sufficiente la finalità indennitaria perseguita, ma sarebbe altresì necessaria l'assenza di un sacrificio di tipo economico a carico del danneggiato. In tal guisa ragionando, però, si introdurrebbe, di fatto, un terzo requisito, rappresentato dalla corrispettività (sotto forma di contributi o di premi) dell'indennizzo versato.

10. Le polizze infortuni.

Anche nel contesto delle polizze infortuni, le conclusioni cui sono pervenute le Sezioni Unite potrebbero, a volte, rivelarsi non estensibili.

Invero, di frequente le dette polizze prevedono la generica erogazione di determinate somme al verificarsi dell'infortunio, da calcolarsi in funzione della gravità del danno subito ed alla misura del capitale assicurato indicato in polizza, ma senza alcun esplicito riferimento al concetto di danno biologico. Ben può accadere, allora, che a fronte di una modestissima IP, sia erogata, in forza del patto negoziale, una somma ingente (e completamente disallineata dai consueti parametri di liquidazione). E questo potrebbe smentire la tesi secondo cui la copertura "per le disgrazie accidentali" (non mortali) avrebbe – sempre e comunque – una "funzione indennitaria" (di "rivalere" o "risarcire un danno", ai sensi degli artt. 1882, prima parte, e 1905 c.c.), anziché, *lato sensu*, previdenziale.

Guardando alle proposte assicurative presenti sul mercato, si scopre che buona parte dei contratti assicurazioni infortuni quantificano l'indennizzo riconoscibile in funzione dell'ammontare del premio versato. Ciò induce a riconoscere in simili operazioni vere e proprie operazioni di risparmio previdenziale, finalizzate ad assicurarsi mezzi adeguati alle proprie esigenze di vita in ipotesi di infortunio (utilizzando qui la nota definizione di assistenza e previdenza sociale di cui al dettato dell'art. 38, comma 2, Cost.), e non tanto coperture per garantirsi avverso ai danni (patrimoniali e non) derivanti dall'infortunio.

Appare allora necessario privilegiare un approccio che non escluda, ed anzi apprezzi, la possibilità di diversamente inquadrare le assicurazioni infortuni (e le

assicurazioni della persona in genere) a seconda delle finalità effettivamente perseguite dalle parti, in ossequio a scopi che possono essere tanto indennitari quanto previdenziali (L. LOCATELLI, *Assicurazione contro gli infortuni non mortali e cumulo di indennizzo e risarcimento del danno*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 6, 1885). Scopi che saranno rivelati, di volta in volta, dalla stessa struttura contrattuale, la quale, a seconda dei casi, potrebbe collegare ad infortuni del medesimo tipo prestazioni “risarcitorie” (in quanto mirate al ristoro dei pregiudizi effettivamente patiti ed ancorate ai concetti di danno biologico, non patrimoniale o patrimoniale) ovvero “previdenziali” (perché volte a soddisfare esigenze di risparmio e di provvista correlate al verificarsi di eventi infortunistici).

In definitiva, la natura dei contratti di assicurazione infortuni, ben al di là della distinzione tra eventi mortali e non mortali, deve essere rintracciata nella causa in concreto assegnata dalle parti alla convenzione assicurativa. Occorre, in particolare, comprendere se con un contratto di assicurazione infortuni il singolo contraente abbia inteso coprirsi da un vero e proprio danno alla persona oppure garantirsi, attraverso un'operazione di risparmio, le risorse per far fronte, secondo una logica para-previdenziale (non in linea con la funzione indennitaria), al mutamento delle condizioni di vita a seguito dell'infortunio.

Più in generale, l'accertamento che l'illecito abbia prodotto anche l'attribuzione patrimoniale non è sufficiente per poterla considerare come posta da conteggiare nel bilancio del danno, occorrendo altresì verificare quale sia la vera causa giustificativa dell'attribuzione, al fine di valutare se sia effettivamente autonoma rispetto al rapporto risarcitorio, o se invece abbia anch'essa una funzione sostanzialmente risarcitoria.

In particolare, occorre adeguatamente riflettere se le polizze attualmente in commercio (o quantomeno una parte di esse) si propongano effettivamente quale strumento riparatore di un danno e non, invece, quale strumento previdenziale completamente slegato dalla valutazione civile della lesione del bene dell'integrità fisica.

Per quanto l'accoglimento anche da parte del legislatore del danno biologico, il progredire delle teorie sul risarcimento del danno alla persona (sino a giungere ai più moderni arresti giurisprudenziali sul danno patrimoniale e non patrimoniale) e l'introduzione di specifiche tabelle di origine legale e giurisprudenziale fanno sì che sia possibile riconoscere la possibilità di introdurre una, sufficientemente precisa, valutazione del danno da menomazione o da malattie, questa possibilità di assegnare alla lesione una valutazione specifica non deve far dimenticare che la persona non può e non deve, comunque, essere confusa con la cosa. In quest'ottica, non può escludersi la possibilità di stipulare un contratto previdenziale che tuteli la persona attraverso un indennizzo che superi il valore

civilistico di un bene che il legislatore si guarda bene dal considerare una cosa. Occorre, dunque, riflettere di volta in volta se l'assicurato attraverso una determinata polizza infortuni acquista un trasferimento di rischio a carattere previdenziale.

Occorre poi considerare quei progetti di vendita delle polizze infortuni che passano anche attraverso la rinuncia alla surrogazione, atta a consentire, almeno in via astratta, la possibilità per il cliente di ottenere, in caso di infortunio provocato da responsabilità di terzi, il cumulo delle due voci.

La clausola con la quale l'assicuratore contro i danni rinuncia preventivamente al diritto di surroga nei confronti del responsabile, di regola, giova soltanto a quest'ultimo (v. *infra*), il cui patrimonio non potrà essere aggredito dall'assicuratore ai sensi dell'art. 1916 c.c. È, tuttavia, opinione diffusa (ma errata, in quanto una eventuale clausola di tal fatta potrebbe produrre effetti solo nei rapporti tra assicurazione ed assicurato, ma giammai, ai sensi dell'art. 1372 c.c., in quelli tra l'assicurato ed il terzo responsabile, nei confronti del quale ultimo rappresenterebbe una *res inter alios acta*) che le parti del contratto di assicurazione, in deroga al principio indennitario, possano prevedere una rinuncia all'azione di surroga in favore non del responsabile, ma dell'assicurato, il quale potrebbe così pretendere sia il risarcimento dal terzo, sia l'indennità dall'assicuratore (Sez. 3, n. 08714/1998, Perconte Licatese, Rv. 112961 - 01).

L'impostazione più corretta è la seguente. La surrogazione, sia essa legale o convenzionale, determina la successione dell'assicuratore nel credito dell'assicurato e del beneficiario verso il responsabile del danno, che è, quindi, obbligato al risarcimento nei confronti dell'assicuratore nei limiti della somma da questo versata all'avente diritto; per effetto di essa, l'originario rapporto obbligatorio avente ad oggetto il risarcimento del danno si scinde in due diversi rapporti che hanno sorte propria e rimangono reciprocamente indifferenti; l'uno, avente la stessa natura del rapporto originario, riguarda il dovere del terzo responsabile di corrispondere il risarcimento del danno all'assicurato o al beneficiario nella misura eccedente le indennità a costoro già corrisposte dall'assicuratore, l'altro riguarda il dovere del terzo responsabile di rivalere l'assicuratore delle indennità corrisposte in forza del contratto di assicurazione. Ne consegue che, mentre la rinuncia dell'assicuratore all'esercizio della surroga per tutto l'ammontare della indennità corrisposta all'assicurato o al beneficiario giova solo al responsabile civile, l'importo del risarcimento spettante al danneggiato va, comunque, ridotto in misura pari all'ammontare della indennità versata dall'assicuratore medesimo all'assicurato (Sez. 3, n. 06091/1994, Favara, Rv. 487187 - 01).

11. L'omogeneità dei beni.

Incertezze potrebbero, ancora, residuare nel caso in cui le poste compensative del risarcimento e dell'indennizzo non avessero la stessa natura giuridica (in relazione alla fonte) e, quindi, concernessero beni non omogenei (ad esempio, non potrebbe operare la compensazione qualora la polizza coprisse voci di pregiudizio patrimoniale – spese mediche, perdita di guadagno –, laddove il danno azionato in via risarcitoria contro il responsabile attenesse a profili non patrimoniali), nel qual caso potrebbe ugualmente (cioè anche a voler prestare adesione alla tesi contraria al cumulo) dubitarsi sulla sovrapponibilità delle due forme di ristoro (sulla omogeneità delle poste da porre in compensazione si segnala Sez. 3, n. 09704/1997, Rv. 508562, e Sez. 3, n. 05650/1996, Rv. 498179).

In particolare, i principi sopra declinati in tanto potrebbero essere applicati in quanto le poste di danno (indennizzato e risarcibile) fossero omogenee. Così, qualora l'assicurazione coprisse il danno da perdita della capacità di lavoro (danno patrimoniale), e la vittima del fatto illecito avesse subito soltanto un danno biologico (danno non patrimoniale), nessuna detrazione sarebbe possibile, a nulla rilevando che l'assicuratore avesse, per effetto di particolari clausole contrattuali che ammettessero l'indennizzabilità di un danno presunto, pagato ugualmente l'indennizzo.

Sul tema avrà senz'altro un'incidenza la modifica apportata dalla l. n. 145/2018 agli artt. 10 e 11 del T.U. n. 1124 del 31 giugno 1965, regolatore della disciplina INAIL.

I nuovi commi 6, 7 e 8 dell'art. 10 stabiliscono attualmente quanto segue:

«Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo **complessivamente calcolato per i pregiudizi oggetto di indennizzo**, non ascende a somma maggiore dell'indennità che **a qualsiasi titolo ed indistintamente** per effetto del presente decreto è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto. Quando si faccia luogo a risarcimento, questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli artt. 66 e seguenti **e per le somme liquidate complessivamente ed a qualunque titolo a norma dell'art. 13, comma 2, lettere a) e b), del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38**. Agli effetti dei precedenti commi sesto e settimo l'indennità d'infortunio è rappresentata dal valore capitale della rendita **complessivamente** liquidata, calcolato in base alle tabelle di cui all'articolo 39 **nonché da ogni altra indennità erogata a qualsiasi titolo**» (n.d.r.: evidenziazione in grassetto dello scrivente).

La norma sembra avallare la tesi che, prendendo le mosse dall'art. 10, comma 7, d.P.R. n. 1124/1965, ritiene che il “danno differenziale” spettante all'infortunato derivi dal raffronto tra l'ammontare complessivo (dal che la definizione di calcolo “per poste complessive”) del risarcimento e quello delle indennità liquidate dall'INAIL, al fine di evitare un'ingiustificata attribuzione in

favore degli aventi diritto, i quali, diversamente, percepirebbero, in relazione al medesimo infortunio, sia l'intero danno sia le indennità.

La scelta legislativa appare opinabile, atteso che, se per un verso consente di fatto di superare le incertezze in sede applicativa che deriverebbero dal criterio cd. per poste omogenee o “posta per posta”, per un altro verso, ovviamente allorquando si sia al cospetto di lesioni di entità pari o superiore al 16%, determinerebbe una indebita commistione tra danno patrimoniale e non, in aperto contrasto con la visione bipolare propugnata dalle sentenze di San Martino del 2009.

12. L'assicurazione sulla vita.

Viceversa, per la dottrina pronunciata *funditus* sulla questione (M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, Cedam, 2011, 15), nel caso dell'assicurazione sulla vita, l'assicurato ha ritenuto opportuno, durante la sua vita, pagare dei premi, per garantire ai beneficiari che, in caso di morte, i suoi risparmi sarebbero stati attribuiti ai detti beneficiari. In questo caso, sarebbe illogico pensare ad una *compensatio*. In particolare, nel caso di assicurazione sulla vita, l'indennità si cumulerebbe con il risarcimento, perché si sarebbe di fronte ad una forma di risparmio posta in essere dall'assicurato sopportando l'onere dei premi, e l'indennità, vera e propria contropartita di quei premi, svolgerebbe una funzione diversa da quella risarcitoria e sarebbe corrisposta per un interesse che non è quello di beneficiare il danneggiante. Ciò, del resto, sarebbe in linea con la direttiva seguita dal *Draft Common Frame of Reference*, in base al cui art. 6:103 del libro VI, dedicato alla *equalisation of benefits*, i vantaggi derivanti al soggetto che abbia sofferto un danno giuridicamente rilevante in conseguenza dell'evento dannoso non debbono essere presi in considerazione nel quantificare il danno, a meno che sia giusto e ragionevole farlo, avuto riguardo al tipo di danno sofferto, alla natura della responsabilità addebitata alla persona che ha causato il danno e, quando il beneficio sia erogato da un terzo, allo scopo perseguito conferendo il beneficio.

13. L'indennità di malattia, la pensione di invalidità e le prestazioni assistenziali.

In caso di sinistro che comporti la perdita totale o parziale, temporanea o definitiva, della capacità lavorativa, il danneggiato non può cumulare la prestazione previdenziale che abbia eventualmente percepito (a titolo di indennità di malattia o di pensione di invalidità) con l'integrale risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante, essendo entrambe le poste finalizzate al ristoro della lesione del medesimo bene della vita (vale a dire, la capacità di produrre reddito), sicchè, nel caso in cui l'ente previdenziale abbia corrisposto a tale titolo un'indennità al danneggiato, di quest'importo si dovrà tenere conto nella liquidazione del pregiudizio posto, sul piano risarcitorio, a carico del danneggiante (**Sez. 3, n. 18050/2019, D'Arrigo, Rv. 654357 – 01**).

Avuto riguardo alla questione del cumulo di stipendio e risarcimento del danno da incapacità lavorativa temporanea, nel caso di danno alla salute di un impiegato, per quanto la questione fu in un primo tempo affrontata affermandosi che, nel caso in cui un impiegato fosse rimasto assente dal lavoro a causa di un infortunio, continuando a percepire la retribuzione, egli avesse diritto di chiedere al danneggiante anche il danno da incapacità temporanea (cfr., in tal senso, Sez. 3, n. 04004/1968, Rv. 337584 – 01, Sez. 3, n. 02413/1977, Rv. 386120 – 01, e Sez. 3, n. 02413/1977, Rv. 386120 – 01, secondo cui la perdita o la diminuzione della capacità lavorativa costituiscono, di per sè, un danno risarcibile, senza che, nella determinazione dello stesso, possa influire il fattore, del tutto contingente ed

estraneo, di una insussistente effettiva riduzione del guadagno, correlativa alla accertata incapacità lavorativa), occorre dare atto che la giurisprudenza di merito si è sulla stessa successivamente orientata nel senso che in tale evenienza non sussiste danno patrimoniale, e pertanto non compete alcun risarcimento a questo titolo, a meno che il lavoratore non deduca di avere dovuto rinunciare a straordinari o trasferte, o di avere subito pregiudizi nella carriera per la forzata assenza dal lavoro.

In realtà, nella fattispecie ipotizzata, ove lo stipendio continuasse ad essere percepito dall'infortunato nella sua interezza, il danno, sotto questo profilo, non si produrrebbe. Avuto riguardo alle pensioni, agli assegni e alle indennità spettanti agli invalidi civili e corrisposti in conseguenza del fatto illecito di terzi, anche alla luce del d.m. 19 marzo 2013, occorrerebbe tener presente che la prestazione verrebbe resa anche in assenza di illecito e deriverebbe perciò direttamente dal sistema assistenziale pubblico e solo indirettamente dall'illecito aquiliano. Peraltro, una parte della giurisprudenza di merito ritiene che, in caso di inabilità permanente che abbia provocato la dispensa dal servizio, con conseguente assegnazione della pensione di invalidità, il danneggiato potrebbe reclamare, nei confronti del danneggiante, solo la differenza tra gli stipendi che lo stesso avrebbe percepito ove avesse continuato a prestare la propria attività e l'ammontare della pensione di invalidità sino alla data di attribuzione di quella di vecchiaia, per evitare una ingiustificata locupletazione da parte dell'infortunato.

Al contempo, in tema di danno patrimoniale patito dalla vittima di un illecito, dall'ammontare del risarcimento deve essere detratto il valore capitale dell'assegno di invalidità erogato dall'INPS (*ex* art. 1 della l. n. 222 del 1984, dall'INPS alla vittima di un incidente stradale), attese la funzione indennitaria assolta da tale emolumento e la possibilità per l'ente previdenziale di agire in surrogazione nei confronti del terzo responsabile o del suo assicuratore (Sez. 3, **n. 04734/2019**, Cirillo, Rv. 652834 - 01).

Anche in materia di prestazioni assistenziali, l'art. 1 della legge 21 novembre 1988, n. 508, nella parte in cui, modificando la disciplina dell'indennità di accompagnamento, ha, tra l'altro, previsto l'incompatibilità della suddetta indennità "con analoghe prestazioni concesse per invalidità contratte per cause di guerra, di lavoro o di servizio", dovrebbe essere interpretato nel senso che, al fine della verifica della sussistenza o meno del suddetto rapporto di analogia, il raffronto tra le prestazioni deve essere operato facendosi esclusivo riferimento alla natura e alle finalità delle stesse. Ne consegue che il divieto di cumulo in oggetto dovrebbe considerarsi operante esclusivamente rispetto alle prestazioni dirette a sopperire alle medesime esigenze cui fa fronte l'indennità di accompagnamento e non con riguardo a prestazioni predisposte per soddisfare altre e differenti

esigenze e necessità (Sez. L, n. 19226/2011, Rv. 619096 – 01).

In questo ambito, **Sez. L, n. 30568/2019, Mancino, Rv. 655874 - 01**, ha stabilito che le prestazioni assistenziali relative all'indennità di accompagnamento e alla cecità parziale sono cumulabili, ove ricorrano i rispettivi presupposti, a condizione che il riconoscimento delle stesse avvenga in base a malattie o minorazioni diverse, e la cecità non sia stata, quindi, valutata quale fattore concorrente ad integrare lo stato di inabilità, funzionale all'attribuzione dell'indennità di accompagnamento. In particolare, le due prestazioni sono cumulabili in ragione della diversa funzione di tali provvidenze, che tendono, nell'uno caso, a sopperire alla condizione di bisogno di chi a causa dell'invalidità non é in grado di procacciarsi i necessari mezzi di sostentamento, nell'altro, a consentire ai soggetti non autosufficienti condizioni esistenziali compatibili con la dignità della persona umana, dovendosi considerare, nella valutazione complessiva dello stato di inabilità totale, l'eventuale concorso della cecità parziale con le altre minorazioni nel determinare la perdita di autonomia e autosufficienza che dà diritto all'indennità di accompagnamento per effetto della sentenza della Corte cost. n. 346 del 1989.

Un caso con riferimento al quale la S.C. sembra essere pervenuta a conclusioni condivise (Sez. 3, n. 31007/2018, Olivieri, Rv. 651941 – 01; **Sez. 6 - 3, n. 01002/2019, Cirillo, Rv. 652093 – 01**) è quello della morte di un militare in servizio, a seguito di patologia contratta a causa dell'inquinamento ambientale radioattivo da uranio impoverito cui era stato sottoposto durante una *missione internazionale*. In questa fattispecie dal risarcimento del danno non patrimoniale liquidato *iure proprio* ai suoi familiari deve essere detratto, in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*, l'indennizzo già erogato agli stessi familiari in conseguenza del decesso del congiunto (nel secondo caso l'indennizzo era stato erogato al militare ai sensi dell'art. 2, commi 78 e 79, della l. n. 244 del 2007, *ratione temporis* applicabile), trattandosi di una forma di tutela avente finalità compensativa ed essendo posto a carico del medesimo soggetto (Amministrazione statale) obbligato al risarcimento del danno.

14. La finalità solidaristica perseguita.

Secondo un'autorevole dottrina (C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, libro IV, artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1970, 231), l'attribuzione del terzo potrebbe essere qualificata come beneficio incidente sull'evento lesivo «solo quando la prestazione del terzo sia formalmente giustificata in funzione di risarcimento del danno» (il vantaggio, cioè, deve essere causalmente giustificato in funzione di rimozione dell'effetto dannoso dell'illecito). In quest'ottica, ove fosse rintracciata una finalità, anche

indiretta, di ristoro del danno, la somma del vantaggio andrebbe defalcata dalla liquidazione del danno, non già in applicazione del principio della *compensatio*, ma semplicemente perché il danno risulterebbe in parte già risarcito.

Dovrebbe, pertanto, ammettersi il cumulo allorquando, ad esempio, la finalità dell'attribuzione fosse espressamente di natura solidaristica (si pensi all'indennità riconosciuta ai Comuni distrutti per il disastro del Vajont), a prescindere dalla sua fonte (illecito, contratto o legge).

Nel senso del cumulo tra risarcimento e indennizzo, di regola, si è espressa la giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di speciali elargizioni in favore di familiari di vittime cadute in servizio (poliziotti o carabinieri o militari dell'Arma) o di vittime del terrorismo e della criminalità organizzata (si pensi, ad esempio, ai militari di leva). Sul punto, una pluralità di *rationes decidendi*, magari combinate tra loro, sorreggono questa scelta applicativa: il rapporto di mera occasionalità, la disomogeneità del titolo, ma, soprattutto, l'accentuato carattere solidaristico a fronte di vicende particolarmente tragiche.

In particolare, per quanto concerne le cc.dd. "speciali elargizioni" riconosciute alle predette categorie, potrebbe (*recte*, dovrebbe) sostenersene (ad onta di quanto statuito da Sez. 1, n. 09779/1995, Nardino, Rv. 494036 - 01, che, di fatto, ha elevato la causa del lucro dal rango di "occasione" a quello di "causa") il carattere previdenziale (sostenendo, cioè, che la "speciale elargizione" corrisposta per motivi di solidarietà trovi solo occasione, ma non dipendenza, genetica o causale, nel fatto illecito dannoso, che ha reso attuale una delle ipotesi previste dalla legge per l'erogazione di quell'indennizzo), siccome espressione di solidarietà nazionale.

15. Conclusioni.

Così inquadrata la questione, forse sarebbe prudente non optare per una regola rigida, come quella che porta sempre ed in ogni caso ad escludere *a priori* l'esistenza stessa del danno in presenza di un vantaggio riconducibile alla condotta illecita, e mantenere quell'approccio diversificato sino ad oggi assunto, forse inconsapevolmente, dalla giurisprudenza.

Una verifica caso per caso consentirebbe, infatti, di selezionare le ipotesi di operatività del meccanismo.

Non è semplice, come visto, ammettere l'operatività della *compensatio* ogni qualvolta sia rinvenibile nell'ordinamento un correttivo di tipo equitativo che valorizzi l'indifferenza del risarcimento, ma, nello stesso tempo, eviti che della stessa benefici l'autore dell'illecito. O meglio, tale approccio può determinare difficoltà nel momento in cui si individua un correttivo di tal fatta all'esterno del meccanismo, nelle varie forme di surrogazione previste per legge o per contratto, che assicurano almeno in astratto che il danneggiante rimanga esposto all'azione di rivalsa/recupero ad opera del terzo da cui il danneggiato abbia ricevuto il

vantaggio portato in detrazione al suo obbligo risarcitorio.

Semmai, il correttivo potrebbe operare implicitamente dall'interno in tutti i casi in cui sussista una coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge o contratto ad erogare il beneficio, con l'effetto di assicurare al danneggiato una reintegra del suo patrimonio integrale e senza duplicazioni (così G. DE NOVA, *Intorno alla compensatio lucri cum damno: considerazioni conclusive*, in *Juscivile*, 2018, 1).

Senza tralasciare la necessità imprescindibile di indagare sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato.

XV) IL DANNO *IN RE IPSA*

(DI LAURA MANCINI)

SOMMARIO: 1. Il danno *in re ipsa* e la funzione della responsabilità civile. – 2. La nozione di pregiudizio *in re ipsa* nella teoria del danno. – 3. Danno conseguenza e danno *in re ipsa* nella giurisprudenza di legittimità. – 4. Il danno patrimoniale *in re ipsa*. Illecito anticoncorrenziale e tutela risarcitoria. – 4.1 Il danno da lesione della proprietà intellettuale. – 4.2. Il danno da lesione del diritto di proprietà e degli altri diritti reali. – 4.3 Danno *in re ipsa*, abuso del contratto di lavoro a termine e demansionamento. – 5. Danno *in re ipsa* e danno non patrimoniale.

1. Il danno *in re ipsa* e la funzione della responsabilità civile.

La nozione di danno *in re ipsa*, postulando l'identificazione del pregiudizio risarcibile con l'evento di danno risultante dalla lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, diverge nettamente dal modello teorico, da tempo condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, che configura il danno come conseguenza, ossia come perdita, patrimoniale o non patrimoniale, ontologicamente distinta dall'evento dannoso e, pertanto, necessitante di specifica allegazione e dimostrazione (Sez. U, n. 26972/2008, Preden, Rv. 605494-01).

Tali antitetiche concezioni continuano, non di meno, a coesistere nella giurisprudenza di legittimità talora generando soluzioni, se non in aperto contrasto, quantomeno sistematicamente discordanti (sulla nozione di contrasto “atipico” si rinvia a Sez. U, n. 12310/2015, Di Iasi, Rv. 635536-01).

Occorre, peraltro, considerare che la disomogeneità interpretativa che affiora dalle pronunce più recenti, specie in materia di danno da lesione del diritto di proprietà, anche intellettuale, e dei diritti della personalità, non sempre sottende un reale dissidio sulla configurabilità del danno *in re ipsa*, trovando talvolta esclusiva spiegazione nell'impiego improprio di quest'ultima espressione linguistica. Come si chiarirà meglio nel prosieguo, in alcune decisioni tale formula icastica viene, infatti, utilizzata in modo atecnico - e, quindi, senza una preventiva ricognizione dei suoi specifici presupposti concettuali - per indicare situazioni alle quali, secondo massime di comune esperienza, normalmente si associa un pregiudizio, con conseguente sgravio probatorio, ma non assertorio, per il danneggiato.

La tesi che intravede nel danno risarcibile un automatico corollario della lesione dell'interesse giuridicamente protetto appare, dunque, distonica rispetto alla più accreditata ricostruzione, proposta dalla teoria cd. causale (sulla quale si veda, *infra*, il § 2) e mutuata da una parte cospicua della giurisprudenza dell'ultimo decennio, che, invece, tende a collocare la lesione dell'interesse in un momento distinto e logicamente antecedente rispetto alle (soltanto) eventuali conseguenze dannose.

Inoltre, l'identificazione del pregiudizio risarcibile con l'evento di danno

risultante dalla lesione del diritto, predicata dalla teoria del danno *in re ipsa*, conduce all'introduzione di un vero e proprio danno punitivo incompatibile con il sistema perché privo di copertura normativa (in tal senso si veda, tra le altre, Sez. 6-3, n. 19434/2019, Iannello, Rv. 654622-02).

E' appena il caso di ricordare che la Corte di Cassazione (Sez. U, n. 16601/2017, D'Ascola, Rv. 644914-01), pur ammettendo, in linea con la giurisprudenza costituzionale, che, accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria della responsabilità civile, dal sistema normativo che è venuto componendosi nel corso degli anni è emersa una natura polifunzionale e, quindi, anche preventiva, o deterrente o dissuasiva, e sanzionatorio-punitiva, ha avvertito che tale rinnovato approccio non consente una generalizzata facoltà di modulazione giudiziale del risarcimento avulsa dal concreto pregiudizio accertato, dal momento che ogni imposizione di prestazione personale esige un'intermediazione legislativa in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., correlato agli artt. 24 e 25 Cost., con la conseguenza che il risarcimento punitivo può ritenersi configurabile soltanto a condizione che sia supportato da un'apposita previsione normativa.

Il principio di stretta correlazione tra riparazione pecuniaria e perdita effettivamente subita, che è alla base della negazione della sovracompensazione correlata alla funzione punitiva della tutela risarcitoria, sembra, infine, trovare riscontro anche nelle fonti eurounitarie.

Al riguardo, significativi spunti ricostruttivi possono trarsi dall'art. 13 della direttiva 2004/48/CE sul risarcimento del danno da violazione dei diritti di proprietà intellettuale (cd. direttiva *enforcement*), il cui XXVI considerando precisa che il risarcimento del danno da violazione dei diritti di proprietà intellettuale non mira ad introdurre un "*obbligo di prevedere un risarcimento punitivo*", e dall'art. 3, § 3 della direttiva 2014/104/UE sul *private enforcement* nel diritto della concorrenza, attuata con il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, a mente del quale "*il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompensazioni*" (sui quali si vedano, *infra*, i §§ 4 e 4.1.).

Sebbene la Corte di giustizia dell'Unione europea (si veda, in particolare, la sentenza del 25 gennaio 2017, causa C-367/15) ne abbia sottovalutato la portata sistematica, tali disposizioni sembrano palesare, per lo meno a livello programmatico, una tendenza del legislatore europeo ad escludere i *punitive damages* dalla gamma dei rimedi esperibili nell'ambito degli ordinamenti degli stati membri contro le aggressioni alla proprietà intellettuale o le condotte anticoncorrenziali, in un'ottica di armonizzazione con i principi vigenti in dette materie negli ordinamenti nazionali.

In conclusione, l'indiscutibile portata sistematica della questione della

configurabilità del danno *in re ipsa*, la cui soluzione coinvolge i più generali temi della morfologia del danno risarcibile e della funzione della tutela risarcitoria, rende auspicabile un'esegesi che salvaguardi la coerenza del sistema riconducendo a sintesi, univoca e consapevole, le molteplici e spesso inconciliabili istanze - di compensazione, di deterrenza, di armonizzazione, di effettività della tutela giurisdizionale - emergenti da un contesto legislativo, sia interno che sovranazionale, e culturale in via di incessante trasformazione.

2. La nozione di pregiudizio *in re ipsa* nella teoria del danno.

Una, sia pur sintetica, ricognizione dei modelli concettuali di danno elaborati dalla riflessione dottrinale costituisce una premessa necessaria alla ricostruzione del danno *in re ipsa* e alla verifica della sua compatibilità con il sistema della responsabilità civile emergente dall'attuale quadro ordinamentale.

La marcata differenza strutturale tra le due accezioni di pregiudizio risarcibile, – *i.e.* del danno conseguenza e del danno coincidente con la stessa lesione del diritto – che ancora oggi convivono nella giurisprudenza di legittimità, trova spiegazione nel divario sussistente tra i rispettivi fondamenti teorici, posto che la nozione di danno *in re ipsa* risulta coerente con la teoria normativa del danno, mentre il concetto di danno conseguenza collima con la connotazione compensativa propria dell'approccio causale.

Le due ricostruzioni dogmatiche divergono sia sotto il profilo dell'individuazione dell'oggetto del danno, sia con riferimento alla stessa struttura della fattispecie generatrice del pregiudizio risarcibile.

Per la teoria normativa, elaborata dalla dottrina tedesca (R. NEUNER, *Interesse und Vermögensschaden*, in *Arch. civ. pr.*, CXXXIII, 1931, 277 e ss.), ma recepita anche da alcuni autori italiani (A. DE CUPIS, *Danno*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1962; G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, Milano, 1999), l'oggetto del danno si identifica con l'oggetto della tutela giuridica e, quindi, coincide con l'interesse protetto dall'ordinamento.

Secondo la definizione che ha ricevuto maggiore credito tra gli interpreti (E. BETTI, *Id quod interest*, in *Nss. D.I.*, VIII, Torino, 1962), l'interesse indica la tensione tra un soggetto e un determinato bene idoneo a soddisfare un bisogno ovvero a far conseguire un'utilità e, più precisamente, la possibilità che un bisogno venga appagato attraverso un determinato bene. L'interesse può riferirsi tanto ad un bene patrimoniale, ossia ad un bene esteriore rispetto al soggetto ed idoneo a soddisfare un bisogno economico ed economicamente valutabile, quanto ad un bene non patrimoniale. La lesione del primo dà luogo al danno patrimoniale, la lesione del secondo al danno non patrimoniale.

La concezione normativa si pone nel solco del progressivo superamento -

avviato dalla dottrina francese attraverso l'elaborazione della nozione di danno, quale sintesi dei *dommages* e degli *intérêts*, recepita nel Codice Napoleonico – tanto della teoria reale di tradizione romanistica, quanto della teoria differenziale di matrice tedesca, rivelatesi nel tempo inidonee ad offrire un fondamento dogmatico valido per tutte le forme di pregiudizio suscettibili di riparazione, ivi compreso il danno non patrimoniale (tra i detrattori della teoria differenziale si veda, nella dottrina italiana, R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Scritti giuridici*, Padova, 1996, I, 470 e ss.).

Infatti, alla stregua del modello reale, la tutela risarcitoria era limitata alle ipotesi di distruzione o alterazione della realtà materiale, mentre per la teoria differenziale (F. MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855) il danno risarcibile poteva essere identificato esclusivamente con la differenza tra l'ammontare del patrimonio in un certo momento e l'ammontare che il patrimonio avrebbe avuto senza il verificarsi dell'evento dannoso (cd. *differenzehypothese*).

La concezione normativa si prefigge, quindi, di superare le insufficienze dell'approccio patrimonialistico proprio di tali ultime impostazioni contrapponendovi una nozione di danno esclusivamente giuridica, in forza della quale elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria non è più la distruzione del bene o la diminuzione del patrimonio, ma la stessa lesione dell'interesse protetto dalla norma giuridica.

Sulla dematerializzazione e depatrimonializzazione del danno implicate da tale ricostruzione si sono, tuttavia, appuntate le critiche dei sostenitori della teoria causale (per la quale si vedano, tra gli altri, G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 e più recentemente M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010), secondo la quale l'evento di danno, risultante dalla violazione di una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, deve, invece, essere considerato autonomamente rispetto al danno vero e proprio (cd. danno conseguenza), da individuarsi nelle perdite patrimoniali o non patrimoniali ad esso conseguenti.

Muovendo dall'interpretazione sistematica degli artt. 1223 c.c. e 2043 c.c., l'approccio causale propone una scomposizione dell'accertamento del danno risarcibile in due autonomi e consecutivi segmenti, il primo dei quali volto a identificare il nesso di causalità materiale che avvince la condotta all'evento di danno, e il secondo diretto a verificare il nesso di causalità giuridica che lega tale evento alle conseguenze dannose (G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, cit.).

Tale ricostruzione riposa sul principio di integrale riparazione del danno, secondo il quale il risarcimento deve porre il danneggiato nella medesima

situazione in cui si trovava prima dell'inadempimento - e, quindi, sul più generale canone privatistico in forza del quale ogni attribuzione patrimoniale deve avere una causa in grado di giustificarla - e rappresenta la fase più matura del processo di secolarizzazione della responsabilità civile di cui sono espressioni significative la sempre più netta emancipazione dell'illecito civile dall'illecito penale, il dissolvimento della connotazione sanzionatoria della responsabilità civile e la configurazione della tutela risarcitoria in termini di pura reazione al danno.

La distinzione ontologica dell'evento rispetto al danno conseguenza è stata, invece, rifiutata da un'altra parte della dottrina (F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967), la quale ha escluso che il danno possa rappresentare un'entità materialmente percepibile e ulteriore rispetto all'evento, individuandovi semplicemente una valutazione economica dell'evento stesso.

Contro tale soluzione ermeneutica è stato, tuttavia, obiettato che l'evento, per quanto ingiusto, non è mai di per sé dannoso. Esso si inserisce in una realtà più complessa e induce il danneggiato a compiere una scelta tra sopportare il prodursi del danno o agire positivamente per evitarlo. Solo questa situazione di inerzia o di attività è valutabile sotto il profilo economico, mentre *"l'evento, in quanto fatto fisico contrastante con il soddisfacimento di un interesse, in sé considerato non è mai un danno, ma produce un danno che consisterà o nell'insoddisfazione di un bisogno o in un'attività economicamente costosa della persona colpita che assicuri ugualmente a questa il soddisfacimento del suo interesse"* (L. CORSARO, *Responsabilità civile*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1988). In quest'ottica, la violazione della servitù di non sopraelevare non può, ad esempio, ritenersi di per sé dannosa in quanto comportante un'automatica diminuzione di valore del fondo dominante, posto che, invece, il danno si produce solo nel momento in cui il proprietario intenderà vendere il fondo, così mettendo in atto la facoltà di disporre del bene, ovvero nel momento in cui vorrà soddisfare il bisogno per cui la servitù era stata costituita, esercitando, ad esempio, la facoltà di godimento del paesaggio.

In entrambi i casi, osserva la dottrina in esame, si prende in considerazione la situazione determinata dall'evento e non l'evento in sé, in ossequio al tenore dell'art. 2043 c.c., a mente del quale il danno risarcibile è quello *'causato'* da un fatto illecito.

Il danno costituisce, dunque, un elemento eventuale del fatto illecito, ben potendo la condotta dolosa o colposa determinare un evento di danno ingiusto, senza che ad esso consegua un pregiudizio, mentre la tutela risarcitoria risulta predisposta dall'ordinamento quale specifica reazione ad un effettivo depauperamento patrimoniale o non patrimoniale.

In definitiva, dai contributi dottrinali riconducibili alla teoria causale si trae una

nozione di pregiudizio risarcibile diametralmente opposta rispetto a quella di danno *in re ipsa*, perché fondata sul presupposto indefettibile della perdita o della diminuzione di un'utilità ottenuta attraverso il bene-interesse oggetto della situazione giuridica soggettiva lesa.

Ogni situazione giuridica soggettiva si compone di un interesse (elemento funzionale) (E. BETTI, *Id quod interest*, cit.) che, come già evidenziato, identifica la tensione verso un bene attraverso il quale è possibile soddisfare un fine (realizzazione di utilità o soddisfacimento di bisogni) ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento (S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, V, 1959), mediante l'esercizio di una serie di poteri e facoltà accordati riconosciuti dalla legge al suo titolare.

Nella prospettiva in esame la lesione della situazione giuridica soggettiva cagiona un danno risarcibile nella misura in cui comporta la frustrazione del soddisfacimento dei bisogni o del conseguimento delle utilità per i quali la stessa situazione giuridica soggettiva è predisposta dall'ordinamento giuridico.

Tale perdita può conseguire alla soppressione o alla modificazione peggiorativa del bene ovvero derivare dall'impedimento, sia pure temporaneo, dell'esercizio delle facoltà di cui si sostanzia il contenuto della situazione giuridica soggettiva, apprezzate non nella loro dimensione astratta, ma alla stregua delle concrete modalità del loro svolgimento al tempo della lesione.

Oggetto della tutela risarcitoria non è, quindi, la situazione giuridica soggettiva in sé considerata, né il bene che ne forma oggetto, né le facoltà che ne costituiscono il contenuto, ma la possibilità che, attraverso il bene e le facoltà, un bisogno venga soddisfatto o un'utilità venga conseguita.

Ciò in quanto, nella prospettiva della teoria causale l'*utile essenza* si colloca all'esterno del bene interesse oggetto della situazione giuridica soggettiva (nel senso della non estensibilità di tale assunto ai diritti della persona, il cui carattere non strumentale, ma finale fa sì che l'utilità sia incorporata nel diritto stesso, si sono, tuttavia, espressi GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, Padova, 1958; T. PELLEGRINI, *Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2016, 455 e ss.).

Emblematica, a riguardo, è l'opinione che, sul presupposto che l'utilità di un bene per un soggetto non consiste nella titolarità, ma nell'utilizzo, è giunta a definire il danno come "*lesione di volontà giuridicamente tutelata*" "*poiché è quest'ultimo il passaggio con cui il bene riesce a soddisfare un bisogno o a realizzare un desiderio, soddisfazione cui la volontà tende*" (E. GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944).

In conclusione, dalla sintesi delle riflessioni dottrinali riconducibili all'approccio causale è possibile ricavare le indicazioni ricostruttive di seguito

illustrate.

Se, per un verso, la soppressione, totale o parziale, del bene è in sé risarcibile, sotto forma di danno emergente, anche nel caso in cui al momento della lesione antiggiuridica il titolare non ne stesse ricavando alcuna utilità, giacché il venir meno della stessa essenza, materiale o giuridica, del bene determina l'eliminazione in via definitiva dell'astratta attitudine di questo a soddisfare un bisogno e, quindi, ogni possibilità di suo impiego utile; per altro verso, un fatto illecito che comporti la compressione o la riduzione transitorie della possibilità di utile impiego del bene genera un danno risarcibile soltanto se l'utilizzo di esso, da parte del titolare, per il soddisfacimento di un bisogno fosse in atto al tempo della lesione.

E' stato, inoltre, precisato che, nel caso in cui il bene attraverso il quale l'ordinamento garantisce il soddisfacimento di un bisogno meritevole di tutela venga soppresso o disperso, il danno consiste, ad un tempo, nella perdita definitiva del valore d'uso e di scambio del bene medesimo (I. PELLEGRINI, *Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica*, cit.). Tale pregiudizio integra, infatti, un danno emergente ed è rappresentato dall'impossibilità di utilizzazione del bene stesso in funzione di una scelta di mercato secondo criteri di normalità (D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in *Enc. del dir.*, 490).

Ne consegue che, ove la perdita del bene venga risarcita quale danno emergente mediante la corresponsione del valore di scambio, e tale valore venga naturalmente commisurato al valore d'uso, l'introduzione del secondo nel primo impedisce di liquidare autonomamente il lucro cessante, dal momento che il valore dei beni rappresenta normalmente il riflesso della capacità degli stessi di procurare utilità future (I. FISHER, *Teoria dell'interesse*, 1930, *Opere*, a cura di A. PELLANDA, Torino, 1974). Difatti, la valutazione del valore economico del bene perduto, accertato e liquidato in funzione delle sue intrinseche e specifiche caratteristiche, delle prestazioni fino a quel momento ottenute attraverso il suo impiego e della sua età, comprende già l'utilità che esso avrebbe ancora potuto procurare al proprietario (M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, 93).

In altre parole, anche in caso di perdita definitiva del bene può essere valorizzato il concreto impiego di questo al momento dell'illecito, ma al limitato fine di individuare la tipologia di bene da considerare nella stima del suo valore di scambio.

Un diverso problema si pone nell'ipotesi in cui la lesione del diritto non si sia tradotta nella soppressione del bene che ne forma oggetto e, quindi, l'alterazione o la soppressione dell'attitudine della *res* a soddisfare le esigenze del titolare non possa ritenersi definitiva (si pensi all'occupazione *sine titulo* di un immobile).

In questo caso, nella prospettiva della teoria causale, la sola lesione della

situazione giuridica soggettiva non fa sorgere, *ex se*, il diritto al risarcimento del danno, posto che, in mancanza della distruzione o della dispersione del bene oggetto del diritto, un danno emergente non è configurabile, mentre un lucro cessante può ravvisarsi soltanto ove venga allegata e provata una perdita effettiva di utilità, assumendo, a tal fine, rilevanza decisiva le modalità in cui si atteggiava l'esercizio del diritto al momento dell'illecito.

3. Danno conseguenza e danno *in re ipsa* nella giurisprudenza di legittimità.

Nell'evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale sulla nozione di danno risarcibile uno snodo decisivo è rappresentato dall'arresto nomofilattico dell'11 novembre 2008, con il quale la Corte ha ritenuto di disattendere l'impostazione che identificava il danno con l'evento dannoso (cd. "danno evento"), evidenziando come tale tesi, enunciata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 184/1986, fosse stata superata dalla successiva giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 372/1994) e di legittimità (Sez. 3, n. 8827 e 8828 del del 2003).

Le Sezioni Unite hanno, inoltre, apertamente respinto la nozione di danno *in re ipsa* in quanto idonea a snaturare la funzione del risarcimento *"che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo"* (Sez. U, n. 26972/2008, Preden, Rv. 605489-01).

Si è già evidenziato come l'autorità di tale enunciazione non sia, comunque, valsa ad orientare le pronunce successive entro un percorso ermeneutico uniforme, tanto che a distanza di oltre un decennio continuano a coesistere tanto la tesi che - sulla scorta della segmentazione del processo dannoso nel duplice nesso di causalità, giuridica e materiale - ripudia l'identificazione del danno con la lesione del diritto, quanto la tesi che, invece, ammette tale sovrapposizione.

Il primo orientamento, che ha ricevuto ampio credito nelle pronunce della Terza Sezione civile, muove dalla premessa secondo la quale *"il sistema del risarcimento del danno delineato dal codice civile, nella responsabilità civile, esclude in modo irrevocabile la ipotesi di una configurabilità del danno patrimoniale "in re ipsa", in quanto la obbligazione risarcitoria non insorge in seguito alla mera colposa o dolosa violazione del diritto (antigiuridicità della condotta), ma soltanto a causa delle "conseguenze" pregiudizievoli eventualmente prodottesi come effetto di tale violazione, conseguenze che, riguardate sul piano degli accadimenti fenomenici implicano un evento ulteriore ed ontologicamente apprezzabile rispetto a quello determinativo della violazione del diritto"* (Sez. 3, n. 11203/2019, Olivieri, Rv. 653590-01).

Con specifico riferimento ai danni da lesione dei diritti reali, sui quali si concentra con particolare evidenza la segnalata discontinuità interpretativa, la pronuncia richiamata, dando seguito a una tendenza sempre più nettamente delineatasi nell'ultimo ventennio (si veda, per tutte, Sez. 2, n. 16202/2002, Settimj,

Rv. 55856501), ha avvertito che occorre distinguere tra la compressione della facoltà di godimento del bene, intesa quale violazione del diritto spettante al proprietario o al titolare di altro diritto reale parziario, che integra l'elemento della fattispecie illecita costituito dalla condotta *contra ius*, dalle conseguenze negative di natura patrimoniale che da tale violazione possono derivare, conseguenze delle quali deve essere dimostrata, da chi agisce per il risarcimento del danno, sia l'esistenza, intesa come accadimento fenomenico eziologicamente legato alla condotta violativa del diritto, che la consistenza, ossia l'entità dimensionale del pregiudizio arrecato al patrimonio del soggetto leso, di norma espressa secondo un valore corrispondente all'equivalente monetario.

La pronuncia precisa, altresì, che la massima tralatizia secondo la quale, in caso di spossessamento illecito del bene immobile, il danno subito dal proprietario deve ritenersi *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità ricavabile dal bene medesimo in relazione alla sua natura normalmente fruttifera, può ritenersi valida nella sola misura in cui con la stessa si intenda affermare il raggiungimento nel caso concreto della prova presuntiva della conseguenza patrimoniale pregiudizievole, presunzione *iuris tantum* da ritenersi superata ove emerga che il proprietario si fosse intenzionalmente disinteressato dell'immobile (Sez. 2, n. 20823/2015, Picaroni, Rv. 636674-01). In altre parole, affinché possa ritenersi operante la presunzione suddetta, l'impedito sfruttamento del bene deve essere accertato come effettivamente probabile in relazione alle specifiche circostanze concrete.

Ne discende, secondo la Terza Sezione civile, che chi allegghi di aver subito un danno è tenuto a provare di non aver potuto locarlo o utilizzarlo direttamente ovvero di aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o di aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, mentre un danno patrimoniale non è neppure astrattamente configurabile ove emerga che il bene era stato lasciato dal proprietario in stato di abbandono o, comunque, che il proprietario si era disinteressato del suo impiego a scopo remunerativo.

In quest'ottica si palesa illogico l'assunto secondo il quale la lesione della facoltà di godimento dell'immobile integra *ex se* un danno valutabile in relazione al valore locativo del bene (cd. danno figurativo), posto che, se al momento della lesione l'immobile era direttamente destinato dal proprietario ad uso abitativo, il danno conseguenza che viene a prodursi consiste unicamente negli oneri cui il proprietario deve far fronte per soddisfare l'esigenza abitativa e, dunque, nelle spese che deve sostenere per procurarsi un altro immobile dove abitare.

L'approccio ermeneutico prescelto dalla decisione appena richiamata è condiviso da un cospicuo numero di pronunce riguardanti svariate fattispecie (tra le quali si vedano, Sez. Sez. L, n. 29206/2019, Esposito, Rv. 655757-01; Sez. 3, n.

23987/2019, Iannello, Rv. 655032-01; Sez. 3, n. 19434/2019, Iannello, Rv. 654622-02; Sez. 3, n. 11203/2019, Olivieri, Rv. 653590-01; Sez. 3, n. 5807/2019, Guizzi, Rv. 652841-01; Sez. 3, n. 31537/2018, Rossetti, Rv. 651944-01; Sez. 3, n. 31233/2018, Iannello, Rv. 651942-01; Sez. 2, n. 28742/2018, Bellini, Rv. 651525-01; Sez. 6-2, n. 21239/2018, Falaschi, Rv. 650352-01; Sez. 3, n. 13071/2018, Graziosi, Rv. 648709-01; Sez. 3, n. 11269/2018, Olivieri, Rv. 648606-01; Sez. 6-3, n. 7594/2018, Scarano, Rv. 648443-01; Sez. 3, n. 2056/2018, Scarano, Rv. 647905-01; Sez. 3, n. 25420/2018, Vincenti, Rv. 646634-01; Sez. 3, n. 31233/2018, Iannello, Rv. 651942-01; Sez. 2, n. 10362/2018, Fortunato, Rv. 648354-01; Sez. 2, n. 22201/2017, Grasso Gianluca, Rv. 645554-01; Sez. 3, n. 20889/2016, Olivieri, Rv. 642928-01; Sez. 3, n. 20643/2016, Vincenti, Rv. 642923-02; Sez. 3, n. 3173/2016, Rossetti, Rv. 639074-01; Sez. 1, n. 25921/2015, Valitutti, Rv. 638178-01; Sez. 1, n. 24559/2015, Valitutti, Rv. 638165-01; Sez. 3, n. 20620/2015, Rossetti, Rv. 637581-01; Sez. 1, n. 17791/2015, Valitutti, Rv. 636638-01; Sez. 3, n. 24474/2014, D'Amico, Rv. 633450-01; Sez. 6-3, n. 18812/2014, Frasca, Rv. 632941-01; Sez. 3, n. 15240/2014, Cirillo, Rv. 631712-01; Sez. 1, n. 12370/2014, Scaldaferrì, Rv. 631374-01; Sez. 1, n. 23194/2013, Acierno, Rv. 628570-01; Sez. 6-1, n. 21865/2013, Bernabai, Rv. 627750-01; Sez. 1, n. 20695/2013, Bernabai, Rv. 627910-01; Sez. 3, n. 15111/2013, Segreto, Rv. 626875-01; Sez. 1, n. 1000/2013, Berruti, Rv. 625135-01; Sez. 1, n. 227/2013, Berruti, Rv. 624762-01; Sez. L, n. 7471/2012, Tria, Rv. 622793-01; Sez. 3, n. 2226/2012, Armano, Rv. 621826-01; Sez. L, n. 25691/2011, Bandini, Rv. 619940-01; Sez. 3, n. 10527/2011, Scarano, Rv. 618207-01).

Un'altra parte della giurisprudenza di legittimità appare, invece, orientata ad ammettere la configurabilità del danno *in re ipsa*.

Secondo tale opzione interpretativa, adottata soprattutto in materia di danno patrimoniale da lesione del diritto di proprietà e degli altri diritti reali, in caso di occupazione senza titolo di un bene, il danno subito dal proprietario è *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dall'impossibilità di conseguire l'utilità da esso "anche solo potenzialmente ricavabile" (in tal senso si vedano, tra le altre, Sez. 2, n. 20708/2019, Carrato, Rv. 654984-02; Sez. 2, n. 12630/2019, Picaroni, Rv. 653643-01; Sez. 2, n. 21501/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 650315-02; Sez. 2, n. 20545/2018, Federico, Rv. 649998-01; Sez. 2, n. 21239/2018, Falaschi, Rv. 650352-01; Sez. 2, n. 17460/2018, Scarpa, Rv. 649269-01; Sez. 1, n. 29990/2018, Sambito, Rv. 651590-01; Sez. 3, n. 22815/2017, Moscarini, Rv. 645508-01; Sez. 2, n. 13792/2017, Scarpa, Rv. 644471-01; Sez. 2, n. 8511/2017, Scalisi, Rv. 643535-01; Sez. 2, n. 19215/2016, Falaschi, Rv. 641289-01; Sez. 1, n. 12954/2016, Lamorgese, Rv. 640103-01; Sez. 2, n. 4713/2016, Lombardo, Rv. 639356-01; Sez. 2, n. 20823/2015, Picaroni, Rv.

636674-01; Sez. 3, n. 9137/2013, D'Amico, Rv. 626051-01; Sez. 2, n. 14213/2012, Manna F., Rv. 623540-01; Sez. 2, n. 14222/2012, Matera, Rv. 623541-01; Sez. 6-2, n. 5334/2012, Piccialli, Rv. 621784-01; Sez. 2, n. 24100/2011, Piccialli, Rv. 619749-01; Sez. 3, n. 8730/2011, Lanzillo, Rv. 617890-01).

In una posizione intermedia si collocano alcune decisioni che, pur non identificando – come quelle appena richiamate - il danno risarcibile con l'evento di danno, in determinate fattispecie, tra le quali va ancora una volta annoverata l'occupazione senza titolo, sollevano il danneggiato dall'onere della prova ritenendo operante una presunzione di sussistenza del pregiudizio risarcibile.

Il danno subito dal proprietario per l'indisponibilità del bene, precisa l'indirizzo in esame, può definirsi *in re ipsa* solo in senso descrittivo, “cioè di normale inerenza del pregiudizio all'impossibilità stessa di disporre del bene, senza comunque far venir meno l'onere per l'attore quanto meno di allegare, e anche di provare, con l'ausilio delle presunzioni, il fatto da cui discende il lamentato pregiudizio, ossia che se egli avesse immediatamente recuperato la disponibilità dell'immobile, l'avrebbe subito impiegato per finalità produttive, quali il suo godimento diretto o la sua locazione” (Sez. 6-3, n. 25898/2016, Rubino, Rv. 642400-01) (tra le decisioni riconducibili a tale indirizzo, si vedano, Sez. 6-3, n. 20856/2017, Sestini, non massimata; Sez. 3, n. 16670/2016, Tatangelo, Rv. 641485-01; Sez. 3, n. 13224/2016, Olivieri, non massimata; Sez. 2, n. 20823/2015, Picaroni, Rv. 636674-01; Sez. 3, n. 5058/2012, Frasca, non massimata).

4. Il danno patrimoniale *in re ipsa*. Illecito anticoncorrenziale e tutela risarcitoria.

Uno dei settori in cui la questione della configurabilità del pregiudizio *in re ipsa* assume maggiore interesse sistematico è quello della responsabilità da illecito anticoncorrenziale e, segnatamente, della tutela risarcitoria in caso di pregiudizio conseguente all'applicazione, attraverso un'intesa restrittiva o altra pratica anticoncorrenziale posta in essere da un'impresa collocata al livello iniziale della catena del valore, di un sovrapprezzo – cd. *overcharge* - che, in forza del fenomeno della traslazione (cd. *passing-on*) si propaghi verso il basso, producendo una diminuzione nella sfera patrimoniale dei soggetti posti nei livelli successivi della filiera produttiva o distributiva.

In tale ambito disciplinare la tensione tra logica compensativa ed effettività della tutela risarcitoria, di cui l'elaborazione teorica del danno *in re ipsa* rappresenta un chiaro epifenomeno, è particolarmente tangibile perché amplificata, per un verso, dalla complessità della prova del danno derivante dalla violazione delle regole sulla concorrenza - la quale, in difetto di meccanismi legali di sgravio probatorio, può tradursi in un ostacolo insuperabile all'accesso alla tutela risarcitoria -, e, per altro verso, dalla spiccata funzionalizzazione di tale ultimo

rimedio all'obiettivo, eminentemente pubblicistico, del corretto funzionamento del mercato che informa la disciplina *antitrust*.

Il dissidio tra le suddette istanze non sembra essere stato composto neanche dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, attuativo della direttiva 2014/104/UE sull'azione risarcitoria ai sensi del diritto nazionale per violazione del diritto della concorrenza degli Stati membri dell'UE, la quale costituisce il punto di approdo di un risalente processo evolutivo teso ad attuare il cd. *private antitrust enforcement* attraverso il rafforzamento della cooperazione tra livello pubblico e privato nell'applicazione delle norme sulla concorrenza e la predisposizione delle condizioni di accesso alla giustizia dei soggetti danneggiati da condotte anticompetitive in un'ottica di potenziamento della tutela dei consumatori.

I capisaldi di tale percorso vanno rinvenuti nelle pronunce rese dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nelle cause *Courage c. Crehan*, 20 settembre 2001, C-453/99 e *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, 13 luglio 2006, cause riunite C-295/04, C-296/04, C-297/04 e C-298/04, con le quali è stato riconosciuto per la prima volta il risarcimento del danno causalmente riconducibile ad un'intesa o ad altra pratica anticoncorrenziale, in applicazione delle garanzie del diritto di difesa di cui agli artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, 6 e 13 della CEDU e del principio di ingiustificato arricchimento che deve essere annoverato tra i principi generali dell'Unione europea.

Per quanto concerne la tutela privatistica, si è già evidenziato in premessa come la logica compensativa alla quale la disciplina di matrice eurounitaria sul risarcimento del danno da illecito *antitrust* appare dichiaratamente ispirata, emerge dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 3 del 2017, a mente del quale *"Il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenzazioni"* e dai considerando 13, 38 e 51, nonché dall'art. 3 comma 2, della direttiva 2014/104/UE, secondo il quale *"il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi"*.

Nella prospettiva eurounitaria, la funzione compensativa è, dunque, attuata attraverso l'espressa limitazione del *quantum* risarcitorio all'effettivo pregiudizio subito (l'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 3 del 2017 dispone che *"il risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza dovuto al soggetto danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile"*).

In perfetta coerenza con l'ordito della direttiva 2014/104/UE - e, segnatamente, con la nozione "mommсенiana" di pregiudizio delineata all'art. 3, comma 2, secondo il quale il risarcimento deve porre una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione della

concorrenza non fosse stata commessa – e in piena aderenza al sistema codicistico della tutela risarcitoria, il legislatore nazionale sembra, dunque, escludere suggestioni punitive o logiche di deterrenza.

Eppure tale precisazione programmatica risulta smentita dalla stessa norma di trasposizione interna in esame, la quale al comma 2 introduce una presunzione di esistenza del danno da illecito concorrenziale che non collima affatto con l'opzione compensativa (*“L'esistenza del danno cagionato da una violazione del diritto alla concorrenza consistente in un cartello si presume, salva prova contraria dell'autore della violazione”*) e al comma 3 precisa che il giudice può chiedere assistenza all'autorità garante della concorrenza formulando specifiche richieste sugli orientamenti che riguardano la quantificazione del danno.

La semplificazione dell'onere probatorio operata dal legislatore eurounitario e nazionale risponde, all'evidenza, al fine ultimo del *private enforcement* rappresentato dalla garanzia dell'efficacia regolatoria in senso deterrente dei presidi privatistici, i quali, al pari degli istituti di natura pubblicistica (funzione di controllo e sanzionatoria delle autorità garanti), risultano, in definitiva, concepiti in funzione della tutela della concorrenza.

Permane, ciò non di meno, il problema del coordinamento del rimedio risarcitorio delineato dalla disciplina *antitrust* con il sistema codicistico della responsabilità civile, posto che, come osservato in dottrina (E. CAMILLERI, *Il risarcimento per violazioni del diritto della concorrenza: ambito di applicazione e valutazione del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1, 143 e ss.; G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 308), la presunzione legale di esistenza del danno e il tecnicismo richiesto per la sua stima, per un verso, autorizzano in via ordinaria il ricorso alla valutazione equitativa del giudice e, per altro verso, specie per gli acquirenti indiretti, favoriscono la deriva verso forme di danno *in re ipsa*.

In proposito, non è superfluo ricordare che la giurisprudenza di legittimità anteriore al *private enforcement* europeo già riconosceva - per lo meno su un piano astratto, stanti le difficoltà probatorie in cui si imbatteva l'acquirente indiretto gravato dell'onere della prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c., non solo della violazione *antitrust*, ma anche del danno causalmente riconducibile alla lesione delle regole sulla concorrenza - la risarcibilità del danno da violazione di norme concorrenziali (Sez. 3, n. 993/2010, Chiarini, Rv. 611386-01; Sez. 3, n. 2305/2007, Spirito, Rv. 595539-01; Sez. 1, n. 14716/2005, Panebianco, Rv. 583044-01; Sez. U, n. 2207/2005, Berruti, Rv. 579019-01).

Va, inoltre, evidenziato che per lungo tempo la Corte, dando seguito, anche *in subiecta materia*, al prevalente orientamento che escludeva la risarcibilità del danno *in re ipsa*, ha negato la configurabilità di un danno risarcibile quale conseguenza

automatica di una, pur accertata, condotta anticompetitiva (secondo Sez. 1, n. 20695/2013, Bernabai, Rv. 627910-01, il danno cagionato mediante abuso di posizione dominante non è *in re ipsa*, ma, in quanto conseguenza diversa ed ulteriore rispetto alla distorsione delle regole della concorrenza, deve autonomamente provarsi secondo i principi generali in tema di responsabilità aquiliana).

Emblematiche, a riguardo, sono, inoltre, le pronunce che, proprio al fine di evitare il proliferare di fattispecie di danno *in re ipsa* sono giunte a riconoscere all'accertamento amministrativo compiuto dall'Autorità garante per la concorrenza e il mercato valore di prova privilegiata ma non vincolante (Sez. 6-3, n. 9116/2014, Rv. 630684-01; Sez. 1, n. 13846/2019, Falabella, Rv. 654261-01; Sez. 1, n. 18176/2019, Sambito, Rv. 654545-02).

Un significativo temperamento della rigorosa applicazione delle regole sul riparto dell'onere della prova si intravede, invece, nell'orientamento che reputa possibile fondare sull'accertamento dell'Autorità garante e sulla conseguente sanzione applicata all'impresa per aver partecipato ad un'intesa anticoncorrenziale, la presunzione dell'indebito aumento del prezzo di mercato, senza che possa ritenersi violato il divieto *praesumptum de praesumpto non admittitur*.

Secondo le pronunce aderenti a tale impostazione, nel danno subito dalla generalità dei consumatori per effetto dell'illecito *antitrust*, accertato sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, deve ritenersi ricompreso, come suo essenziale componente, il danno subito dai singoli consumatori, posto che tale ultimo pregiudizio, pur concettualmente distinguibile, sul piano logico, dal primo, non lo è sul piano fattuale e, dunque, non richiede, per essere dimostrato, un'ulteriore presunzione (Sez. 1, n. 12551/2013, Lamorgese, Rv. 626623-01; si vedano, nella medesima direzione, Sez. 6-3, n. 9116/2014, De Stefano, Rv. 630684-01; Sez. 1, n. 11904/2014, Di Amato, Rv. 631486-01; Sez. 3, 13486/2011, De Stefano, Rv. 618735-01; Sez. 3, Sentenza n. 11610 del 26/05/2011, Lanzillo, Rv. 618225-01).

4.1 Il danno da lesione della proprietà intellettuale.

Anche in materia di proprietà intellettuale la disputa sulla morfologia e sulla prova del danno patrimoniale conseguente alla lesione dei diritti sulle opere dell'ingegno ha ricevuto nuova linfa dall'intervento del legislatore eurounitario.

La direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale è, infatti, intervenuta a rafforzare la disciplina nazionale delle privative intellettuali e industriali introducendo anche specifiche misure a garanzia della tutela risarcitoria.

La fonte normativa eurounitaria è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (c.d. decreto *enforcement*) che ha modificato l'art. 125

del codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30) e l'art. 158 della legge sulla protezione del diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633).

L'analogo testo del primo comma dell'art. 125 e del secondo comma dell'art. 158 novellati, dopo aver precisato che il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 c.c., individua nelle conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, subite dal titolare del diritto leso e nei benefici realizzati dall'autore della violazione i parametri per la determinazione del danno risarcibile.

La dottrina prevalente ritiene che il riferimento ai *"benefici realizzati dall'autore della violazione"* e agli *"utili realizzati in violazione del diritto"* contenuto nelle disposizioni in esame non valga a snaturare la funzione riparatoria della misura ivi disciplinata, deponendo in tal senso, oltre al tenore della rubrica dell'art. 125 c.p.i., l'espresso richiamo al *"risarcimento dovuto al danneggiato"* e la menzione degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. contenuta nel testo della disposizione (A. PLAIA, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005).

In senso contrario si è, invece, espressa l'opinione secondo la quale l'elemento dei *"benefici realizzati dall'autore della violazione"*, esulando dalle regole cardine della tutela risarcitoria, avvicini il rimedio ivi contemplato nell'alveo della tutela restitutoria (C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 195).

Altra impostazione ritiene che la norma si discosti dai canoni codicistici per l'individuazione del danno risarcibile perché valorizza, oltre al danno emergente e al lucro cessante, elementi, quali, appunto, i *"benefici realizzati dall'autore della violazione"*, estranei ad una logica puramente risarcitoria e, piuttosto, congeniali ad una finalità di elisione o di controbilanciamento di tutti gli effetti negativi che la condotta usurpativa ha avuto, nell'obiettivo di ristabilire il corretto svolgimento dell'attività di mercato (C. GALLI, *Il risarcimento del danno e la retroversione degli utili nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 57 e ss.).

In linea con tale approccio ermeneutico, una parte della giurisprudenza di legittimità ha affermato che in tema di risarcimento dei danni patrimoniali conseguenti all'illecito sfruttamento del diritto d'autore, ai fini della valutazione equitativa del danno determinato dalla perdita del vantaggio economico che il titolare del diritto avrebbe potuto conseguire se avesse ceduto a titolo oneroso i diritti dell'opera, si può ricorrere al parametro costituito dagli utili conseguiti dall'utilizzatore abusivo, mediante la condanna di quest'ultimo alla devoluzione degli stessi a vantaggio del titolare del diritto. Con tale criterio la quantificazione del risarcimento, più che ripristinare le perdite patrimoniali subite, svolge una funzione parzialmente sanzionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi (Sez. 3, n. 8730/2011, Lanzillo,

Rv. 617891-01).

Un più nutrito gruppo di pronunce ha, invece, affermato che i benefici e gli utili cui fanno riferimento le disposizioni in materia di danno da lesione della proprietà intellettuale assolvono alla funzione di utile criterio di riferimento nella valutazione del lucro cessante trattandosi di un indice presuntivo delle potenzialità di guadagno sottratte alla parte lesa. In tal senso si è espressa Sez. 1, n. 4048/2016, Ragonesi, Rv. 638807-01, la quale, facendo seguito a Sez. 1, n. 6251/1983, Senofonte, Rv. 431011-01, ha stabilito che in tema di valutazione equitativa del danno subito dal titolare del diritto di utilizzazione economica di un'opera dell'ingegno non è precluso al giudice il potere-dovere di commisurare quest'ultimo, nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al beneficio tratto dall'attività vietata, assumendolo come utile criterio di riferimento del lucro cessante, segnatamente quando esso sia correlato al profitto del danneggiante, nel senso che questi abbia sfruttato a proprio favore occasioni di guadagno di pertinenza del danneggiato, sottraendole al medesimo (in senso conforme si veda, inoltre, Sez. 1 n. 3390/2003, Berruti, Rv. 560961-01) .

La novità più significativa introdotta dal d.lgs. n. 140 del 2006 si rinviene, tuttavia, nel terzo comma dell'art. 125 c.p.i. a mente del quale *“in ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento”*.

In dottrina si registrano orientamenti contrastanti circa la collocazione sistematica di tale disposizione, propendendo taluni per la riconduzione della relativa fattispecie nel paradigma della tutela risarcitoria, e sostenendo altri la qualificazione del rimedio in questione in termini di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c.

Appare di intuitiva evidenza come alla base della ricostruzione proposta dai fautori della prima delle suddette tesi vi sia, ancora una volta, l'adesione alla concezione punitivo-sanzionatoria della tutela risarcitoria, deponendo in tal senso la considerazione per la quale nella logica dell'integrale riparazione del danno gli utili realizzati dall'usurpatore non necessariamente corrispondono al mancato guadagno del danneggiato.

Sullo sfondo del dibattito suscitato dalla novellazione degli artt. 125 cod. pr. ind. e dell'art. 158 l. dir. aut. imposta dal diritto eurounitario, persiste, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, il risalente dissidio sulla morfologia del danno, patrimoniale e non patrimoniale, derivante dalla lesione della proprietà intellettuale.

A fronte di un nutrito numero di pronunce che fanno coincidere il danno, *in re ipsa*, con la violazione di privativa escludendo che il danneggiato sia gravato dall'onere di dimostrare altro che non sia la sua estensione (Sez. 1, n. 12954/2016,

Lamorgese, Rv. 640103-01; Sez. 1, Sentenza n. 14060/2015, Genovese, Rv. 635790-01; Sez. 3, n. 8730/2011, Lanzillo, Rv. 617890-01; Sez. 1, n. 3672/2001, Palmieri, Rv. 544738-01), si registra, invero, un indirizzo di segno contrario, secondo il quale, anche nella materia in esame, il danno cagionato da violazione di privativa non è *in re ipsa*, ma, essendo conseguenza diversa ed ulteriore dell'illecito rispetto anche alla distorsione della concorrenza da eliminare comunque, richiede di essere provato secondo i principi generali che regolano le conseguenze del fatto illecito, solo tale avvenuta dimostrazione consentendo al giudice di passare alla liquidazione del danno, eventualmente facendo ricorso all'equità (Sez. 1, n. 19430/2003, Berruti, Rv. 569057-01; Sez. 1, n. 1000/2013, Berruti, Rv. 625135-01; Sez. 1, n. 17791/2015, Valitutti, Rv. 636638-01).

4.2. Il danno da lesione del diritto di proprietà e degli altri diritti reali.

Il danno patrimoniale da lesione del diritto di proprietà e degli altri diritti reali costituisce una fattispecie privilegiata per la verifica della tenuta sistematica della teorica del danno *in re ipsa*.

Non a caso le divergenze dell'interpretazione giurisprudenziale in merito alla configurabilità di tale figura di pregiudizio emergono con maggiore frequenza e nitidezza proprio in tale materia e, segnatamente, con riferimento alla fattispecie di limitazione temporanea della facoltà del proprietario di godimento del bene.

Secondo un primo orientamento (per il quale si vedano, da ultimo, Sez. 3, n. 11203/2019, Olivieri, Rv. 653590-01; Sez. 3, n. 13071/2018, Graziosi, Rv. 648709-01; Sez. 3, n. 31233/2018, Iannello, Rv. 651942-01), nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge ad identificare il pregiudizio risarcibile con l'evento dannoso e a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite (sentenza n. 26972/2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico (sentenza n. 16601/2017) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento giuridico soltanto nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost. Ne consegue che il danno da occupazione *sine titulo*, in quanto particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto.

In termini analoghi Sez. 6-3, n. 19434/2019, Iannello, Rv. 654622-02, ha affermato che il danno non patrimoniale subito in conseguenza di immissioni di

rumore superiori alla normale tollerabilità non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno risarcibile con la lesione del diritto (nella specie, quello al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione ed alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane) ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, per il quale non vi è copertura normativa. Ne consegue che il danneggiato che ne chieda il risarcimento è tenuto a provare di avere subito un effettivo pregiudizio in termini di disagi sofferti in dipendenza della difficile vivibilità della casa, potendosi a tal fine avvalere anche di presunzioni gravi, precise e concordanti sulla base però di elementi indiziari diversi dal fatto in sé dell'esistenza di immissioni di rumore superiori alla normale tollerabilità.

Nella medesima prospettiva deve essere, altresì, considerata Sez. 2, n. 10362/2018, Fortunato, Rv. 648354-01, secondo la quale la realizzazione di opere in violazione di norme recepite dagli strumenti urbanistici locali, diverse da quelle in materia di distanze, non comportano immediato e contestuale danno per i vicini, il cui diritto al risarcimento presuppone l'accertamento di un nesso tra la violazione contestata e l'effettivo pregiudizio subito. La prova di tale pregiudizio deve essere fornita dagli interessati in modo preciso, con riferimento alla sussistenza del danno ed all'entità dello stesso.

Secondo un altro indirizzo (per il quale si vedano Sez. 6-2, n. 12630/2019, Picaroni, Rv. 653643-01; Sez. 2, n. 20545/2018, Federico, Rv. 649998-01; Sez. 2, n. 21239/2018, Falaschi, Rv. 650352-01), nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario è, invece, *in re ipsa*, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dalla impossibilità di conseguire l'utilità da esso ricavabile.

La soluzione adottata dall'orientamento minoritario riposa sull'assunto secondo il quale la lesione del diritto di proprietà, sia essa attuata attraverso l'imposizione abusiva di una servitù o mediante la violazione delle distanze legali, ovvero sotto forma di occupazione abusiva, dà luogo ad altrettante limitazioni della facoltà di godimento e di disposizione in cui si sostanzia il contenuto del diritto reale, alle quali corrisponde necessariamente una diminuzione del valore di scambio del bene che ne forma oggetto.

In coerenza con tale impostazione, Sez. 2, n. 17460/2018, Scarpa, Rv. Rv. 649269-01, ha precisato che in materia di condominio, ove sia provata l'utilizzazione da parte di uno dei condomini della cosa comune in modo da impedirne l'uso, anche potenziale, agli altri partecipanti, è risarcibile in quanto *in re ipsa* il danno patrimoniale per lucro interrotto, come quello impedito nel suo potenziale esplicarsi, mentre non è configurabile come *in re ipsa* un danno non patrimoniale inteso come disagio psico-fisico conseguente alla mancata

utilizzazione di un'area comune condominiale, potendosi ammettere il risarcimento del danno non patrimoniale solo in conseguenza della lesione di interessi della persona di rango costituzionale, oppure nei casi previsti dalla legge. Sulla stessa linea si è espressa Sez. 2, n. 21501/2018, Grasso Giuseppe, Rv. 650315-02, la quale ha precisato che, in tema di violazione delle distanze tra costruzioni previste dal codice civile e dalle norme integrative, quali i regolamenti edilizi comunali, al proprietario confinante che lamenti tale violazione compete sia la tutela in forma specifica, finalizzata al ripristino della situazione antecedente al verificarsi dell'illecito, sia quella risarcitoria, e il danno che egli subisce (danno conseguenza e non danno evento) deve ritenersi *in re ipsa*, senza necessità di una specifica attività probatoria, essendo l'effetto, certo e indiscutibile, dell'abusiva imposizione di una servitù nel proprio fondo e, quindi, della limitazione del relativo godimento che si traduce in una diminuzione temporanea del valore della proprietà.

Secondo Sez. 1, n. 29990/2018, Sambito, Rv. 651590-01, in caso di occupazione illegittima di un immobile è, invece, ravvisabile, secondo una presunzione *iuris tantum*, l'esistenza di un danno connesso alla perdita di disponibilità del bene ed all'impossibilità di conseguirne la relativa utilità; in conseguenza di un simile spossessamento non sussiste uno specifico criterio di legge che indichi in quale modo il danno debba essere liquidato, ed occorre provvedere ad una stima equitativa, potendo anche utilizzarsi il criterio degli interessi legali calcolati sul prezzo di cessione volontaria del bene, quando esso non conduca ad una quantificazione del danno manifestamente incongrua in considerazione del caso concreto.

4.3 Danno *in re ipsa*, abuso del contratto di lavoro a termine e demansionamento.

In ambito lavoristico la questione della configurabilità del danno *in re ipsa* viene in rilievo soprattutto in materia di pubblico impiego privatizzato, con riferimento all'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato.

Come chiarito in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità (si veda, da ultimo, Sez. L, n. 9114/2019, De Felice, non massimata), il principio cardine sancito dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 - in forza del quale la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte di pubbliche amministrazioni non può determinare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato -, pur non ponendosi in contrasto con le fonti eurounitarie (e, segnatamente, con la clausola 5 paragrafo 2 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999 che figura in allegato alla

direttiva 1999/70/CE del Consiglio il quale non impone la previsione della trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato (Corte giust., sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04; Vassallo, C-180/04, e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., C-378/07; nonché ordinanze del 12 giugno 2008, Vassilakis e a., C-364/07; del 24 aprile 2009, Koukou, C-519/08; del 23 novembre 2009, Lagoudakis e a., da C-162108, e del 1° ottobre 2010, Affatato, C-3/10)), non di meno non esime dall'obbligo – imposto agli stati membri – di prevedere misure effettive volte, comunque, ad evitare e a sanzionare l'utilizzo abusivo del contratto di lavoro a termine nel settore pubblico.

A tale proposito, la Corte di giustizia dell'Unione europea (si veda, da ultimo, la sentenza del 7 marzo 2018, C-949/16, Santoro) ha avallato l'approdo ermeneutico cui è pervenuta, all'esito di una lunga evoluzione, la giurisprudenza di legittimità e che risulta compendiato nei principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 5072/2016, Amoroso, Rv. 639066-01, secondo la quale, in materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso - siccome incongruo - il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come “danno comunitario”, determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito.

L'elaborazione giurisprudenziale della nozione di “danno comunitario” è stata caratterizzata da una costante ricerca di adeguamento del sistema interno al diritto eurolunitario, la quale, in un primo momento, si è tradotta nell'applicazione, anche all'area del lavoro pubblico, della disciplina speciale, relativa al danno subito dal lavoratore privato nel periodo tra la cessazione del termine illegittimo e la sentenza costitutiva, di cui all'art. 32, commi 5 e 7, della legge 4 ottobre 2010, n. 183, a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova concreta di un danno, trattandosi di indennità forfetizzata e onnicomprensiva per i danni causati dalla nullità del termine (Sez. I, n. 19371/2013, Manna A., Rv. 628401-01).

Successivamente la Corte ha elaborato una speciale tipologia di danno da

illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con il pubblico dipendente, il cui risarcimento, in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione di contratti a termine, è configurabile quale sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro. Di conseguenza, per la liquidazione del ristoro di tale pregiudizio è stato ritenuto utilizzabile, in via tendenziale, il criterio indicato dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, e non il sistema indennitario onnicomprensivo previsto dall'art. 32 della legge n. 183 del 2010, né il criterio previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che non hanno alcuna attinenza con l'indicata fattispecie (Sez. I, n. 27481/2014, Tria, Rv. 634073-01).

Con l'arresto nomofilattico del 2016 il danno comunitario sembra, invece, essere stato ricondotto nel paradigma della responsabilità contrattuale di diritto comune, sul presupposto che l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001 contiene un riferimento al "danno risarcibile". Non di meno, poiché non è configurabile un pregiudizio da perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato (dal momento che *"in nessun caso il rapporto di lavoro a termine si potrebbe convertire in rapporto a tempo indeterminato perché l'accesso al pubblico impiego non può avvenire - invece che tramite di concorso pubblico - quale effetto, sia pur in chiave sanzionatoria, di una situazione di illegalità"*), il danno in questione deve essere identificato nella perdita di *chance* di un'occupazione alternativa migliore.

Sotto il profilo probatorio, le Sezioni Unite, in considerazione dell'esigenza di attribuire, nella prospettiva comunitaria, maggiore consistenza ed effettività al danno risarcibile, hanno precisato che, in caso di abusivo ricorso al contratto a termine, la difficoltà, per il lavoratore, di provare il pregiudizio subito ridonda in *deficit* di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria e, quindi, in violazione di quest'ultima, la quale, per essere (pacificamente) non autoapplicativa, opererebbe, non di meno, come parametro interposto *ex art.* 117, comma 1, Cost. e potrebbe inficiare la legittimità costituzionale della norma interna (art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001). Di qui l'applicazione della fattispecie, sistematicamente coerente e strettamente contigua a quella in oggetto, di cui all'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, la quale prevede un'ipotesi di danno presunto - con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario" - determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito.

Tale agevolazione probatoria, osservano le Sezioni Unite, assolve pienamente alla funzione di dissuasione e di rafforzamento della tutela del lavoratore pubblico

richiesta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La presunzione di esistenza del danno così elaborata dalla Corte di Cassazione, ancorché trovi giustificazione nell'esigenza di adeguamento della normativa nazionale alle fonti euronitarie, rappresenta, in definitiva, un'ulteriore vistosa deviazione dal principio di integrale riparazione del danno e, quindi, dal modello teorico della teoria causale seguito dalla giurisprudenza prevalente.

Analoga questione si pone in materia di danno da demansionamento.

Secondo l'orientamento condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, dalla violazione, da parte del datore di lavoro, dell'art. 2103 c.c. può derivare un pregiudizio di natura patrimoniale, consistente nella perdita della capacità professionale, nella mancata acquisizione di un maggiore saper fare e nella perdita di *chance*, ossia di ulteriori possibilità di guadagno o di ulteriori potenzialità occupazionali; e un pregiudizio di natura non patrimoniale conseguente alla lesione di interessi di natura personale come la salute e la dignità personale del lavoratore tutelate, quali oggetto di diritti inviolabili, dagli artt. 2, 4 e 32 Cost. (Sez. L, n. 1178/2017, Patti, non massimata; Sez. L, n. 11045/2004, De Luca, Rv. 573530-01).

Per quanto concerne, in particolare, la prima ipotesi, il danno patrimoniale da demansionamento consiste nell'impoverimento delle capacità del lavoratore per il mancato esercizio quotidiano del diritto di elevare la professionalità lavorando, essendo il complesso di capacità e di attitudini definibile con il termine 'professionalità' un bene economicamente valutabile, posto che esso rappresenta uno dei principali parametri per la determinazione del valore di un dipendente sul mercato del lavoro. Ne deriva che, ai fini della liquidazione, è ammissibile, nell'ambito di una valutazione necessariamente equitativa, il ricorso al parametro della retribuzione (Sez. L, n. 12253/2015, Amendola F., Rv. 635727-01).

Per quanto concerne il profilo probatorio, con la sentenza delle Sezioni Unite n. 4063/2010, Morcavallo, Rv. 611367-01, si è affermato l'orientamento secondo il quale, una volta accertato il demansionamento professionale del lavoratore, il giudice del merito può desumere l'esistenza del danno dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, frustrazione professionale) dai quali si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., alle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove (nella medesima direzione si vedano Sez. L, n. 9901/2018, Marotta, Rv. 647781-01; Sez. 1, n. 24585/2019, Mercolino, Rv. 655766-02).

A tal fine particolarmente significativi devono considerarsi, secondo Sez. L, n. 19923/2019, Pagetta, Rv. 654787-02 e Sez. L, n. 21/2019, Cinque, Rv. 652445-01,

elementi come la qualità e quantità dell'esperienza lavorativa pregressa, il tipo di professionalità colpita, la durata del demansionamento, l'esito finale della dequalificazione e le altre circostanze del caso concreto.

Tale impostazione esclude la natura di danno *in re ipsa* del pregiudizio da demansionamento sul presupposto che, ferma l'astratta potenzialità lesiva dell'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori, la produzione di conseguenze pregiudizievoli non è automatica e indefettibile, ma soltanto eventuale, così che che grava sul lavoratore l'onere della prova del pregiudizio lamentato.

In dottrina è stato, tuttavia, evidenziato come il metodo di valutazione presuntiva del danno così delineato dalla Corte si presti ad automatismi, nella misura in cui si riconosca una relazione di regolarità causale tra demansionamento e impoverimento del bagaglio di conoscenze e di esperienze del lavoratore senza pretendere la dimostrazione delle occasioni da quest'ultimo effettivamente perdute, assistendosi, in tal caso, all'identificazione del danno-conseguenza (perdita di professionalità) con l'evento di danno (dequalificazione) (U. GARGIULO, *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 1004 e ss. (nota a Sez. L, n. 12253/2015); D. LO RE, *A proposito del demansionamento: il danno in re ipsa, la strada del ritorno*, in *ADL*, 2018, 540 e ss.).

Diviene, pertanto, essenziale, al fine di evitare di dare ingresso ad una nuova fattispecie di danno *in re ipsa*, che non si ritenga assolto l'onere assertorio e probatorio laddove la domanda risarcitoria si limiti all'allegazione del fatto della violazione dell'art. 2103 c.c., senza contenere l'indicazione di ogni circostanza idonea a sorreggere la richiesta di danni, quali, ad esempio, i risultati negativi conseguenti alla perdita di professionalità, le ragionevoli aspettative frustrate, le capacità professionali perdute, i riflessi negativi conseguenti alla perdita di aggiornamento, l'eventuale perdita di *chance*, la mancata possibilità di ottenere avanzamenti in carriera, la difficoltà di ricollocare all'esterno la propria professionalità (in questi termini Sez. L, n. 17174/2013, Venuti, non massimata; Sez. L, n. 20663/2011, Maisano, non massimata).

5. Danno *in re ipsa* e danno non patrimoniale.

Si è più volte evidenziato come, a partire dalle pronunce nomofilattiche dell'11 novembre 2008, nella giurisprudenza di legittimità sia andato consolidandosi l'orientamento che, sulla scorta di una nota dottrina (GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, cit.), scompone il giudizio di responsabilità in due distinti segmenti riguardanti, rispettivamente, l'accertamento delle condizioni in presenza delle quali un fatto può essere qualificato come causa dell'evento di danno (causalità materiale), e la determinazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria che ne consegue, governata dalla causalità giuridica e deputata a identificare le condizioni in presenza delle quali una perdita o un

mancato guadagno possono essere considerati conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o dell'evento di danno ingiusto.

Si è anche posto in risalto come la tesi che nega la configurabilità del danno *in re ipsa* costituisca uno dei principali corollari di tale impostazione e come, al pari di questa, risulti coerente con la funzione, se non esclusiva (Sez. U, n. 16601/2017, D'Ascola, Rv. 644914-01), comunque precipua, di compensazione propria della responsabilità civile.

“Alla responsabilità civile - insegna la Corte - è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale” (Sez. 3, 1183/2007, Fico, Rv. 596200-01)

Il modello teorico alla stregua del quale il pregiudizio risarcibile costituisce entità fenomenica distinta rispetto alla lesione dell'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico è stato, quindi, esteso anche alla materia del danno non patrimoniale, sia che derivi da reato (Sez. 3, n. 8421/2011, Segreto, Rv. 617669-01), sia che consegua alla lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti (Sez. 3, n. 10527/2011, Scarano, Rv. 618207-01; Sez. 3, n. 13614/2011, D'Alessandro, Rv. 618822-01; Sez. 6-1, n. 21865/2013, Bernabai, Rv. 627750-01; Sez. 3, n. 25420/2017, Vincenti, Rv. 646634-04; Sez. 6-3, n. 7594/2018, Scarano, Rv. 648443-01; Sez. 3, n. 31537/2018, Rossetti, Rv. 651944-01), sia che si configuri come ristoro tipizzato dal legislatore (come in materia di danno da lesione della *privacy*, per il quale si vedano Sez. 6-1, n. 22100/2013, Ragonesi, Rv. 627948-01; Sez. 3, n. 16133/2014, Vincenti, Rv. 632536-01; ovvero in tema di equa riparazione per la durata irragionevole del processo, Sez. 1, n. 12242/2009, Giusti, Rv. 608298-01).

Nel processo evolutivo che ha portato al superamento dell'identificazione del danno non patrimoniale con la lesione dell'interesse tutelato dall'ordinamento (per la quale si veda la nota sentenza della Corte costituzionale n. 184 del 1986), un passaggio decisivo è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 1994, la quale - muovendo dalla lettura dell'art. 2059 c.c., non in termini di autonoma fattispecie di illecito, distinta da quella di cui all'art. 2043 c.c., ma di norma di disciplina dei presupposti e dei limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale - ha chiarito che il danno risarcibile, “nella sua attuale ontologia giuridica, segnata dalla norma vivente dell'art. 2043 c.c., cui è da ricondurre la struttura stessa dell'illecito aquiliano, [...] non si identifica con la lesione dell'interesse tutelato dall'ordinamento, ma con le conseguenze di tale lesione”.

Sviluppando gli spunti ermeneutici offerti dal nuovo corso inaugurato dal Giudice delle leggi, le sentenze delle Sezioni Unite n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975 del 2008 hanno definitivamente chiarito che il danno non patrimoniale,

ancorché determinato dalla lesione di diritti inviolabili della persona, non integra *danno evento*, ma *danno conseguenza*, così che esso non sussiste *in re ipsa*, ma necessita sempre di allegazione e prova. Non di meno, la prova del pregiudizio non patrimoniale può essere offerta mediante testimoni o documenti o, essenzialmente, dimostrando tutti quegli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata dei fatti noti che consentano di risalire mediante ragionamento presuntivo al fatto ignoto.

Alla stregua delle indicazioni offerte dalle Sezioni Unite, l'onere assertorio e probatorio deve, quindi, riguardare indistintamente ciascuna componente del pregiudizio lamentato, sia essa patrimoniale o non patrimoniale, senza che possano tollerarsi automatismi liquidativi a detrimento delle effettive esigenze di ripristino dettate dall'alterazione dell'equilibrio giuridico nel caso concreto.

Ne consegue che l'allegazione e la prova del danno non patrimoniale non può limitarsi all'enunciazione e alla dimostrazione della subita lesione di un diritto inviolabile, dovendo essere al contempo identificato il pregiudizio agli interessi della persona non connotati da rilevanza economica ad essa conseguente (A. SCARPA, *Allegazione e prova del danno non patrimoniale*, in *Immobili e proprietà*, 2019, 2, 99 e ss.).

Con specifico riguardo all'enucleazione dei fatti con funzione individuatrice della domanda e, quindi, degli elementi costitutivi del diritto sostanziale risarcitorio, la dottrina (E. ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 399 e ss.; G. VERDE, *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo (a proposito del giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 573 e ss.), muovendo dal presupposto della natura eterodeterminata del diritto al risarcimento del danno (condiviso dalla stessa giurisprudenza di legittimità, per la quale si vedano, tra le altre, Sez. 3, n. 5503/2019, Rossetti, Rv. 652836-01; Sez. 3, n. 10577/2018, Frasca, Rv. 648595-01), identifica tale diritto non solo attraverso il richiamo al fatto generatore e alla situazione soggettiva lesa, ma anche mediante la singola voce di danno di volta in volta dedotta in giudizio.

Coerente con la qualificazione dell'azione risarcitoria in termini di domanda eterodeterminata è il principio dell'unitarietà del diritto al risarcimento del danno da cui discende la regola dell'infrazionabilità del giudizio risarcitorio, in forza della quale quando un soggetto agisce per chiedere il risarcimento dei danni cagionatigli da un determinato comportamento del convenuto ha l'onere di dedurre tutte le possibili voci di pregiudizio originate da quella condotta, con la conseguenza che non è ammissibile che taluno introduca un giudizio per il risarcimento del danno esponendo determinate componenti dello stesso e poi, definito il giudizio con sentenza passata in giudicato, agisca nuovamente per il risarcimento di altri danni derivanti dallo stesso fatto, ma in relazione ad altre voci, diverse da quelle prima

esposte (su cui si vedano, *ex aliis*, Sez. 3, n. 17019/2018, Saija, Rv. 649441-02; Sez. 6-3, n. 22503/2016, Rossetti, Rv. 642994-01; Sez. 6-3, n. 21318/2015, Carluccio, Rv. 637490-01)

Alla stregua di tali indicazioni, gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale e, quindi, della *causa petendi* dell'azione risarcitoria, vanno, pertanto, individuati nel fatto storico generatore del danno, nella lesione di un interesse protetto, nelle concrete conseguenze pregiudizievoli, non economicamente valutabili, da essa derivate, ovvero negli elementi attraverso i quali l'*iniuria* ha trovato effettiva consistenza fattuale.

Per quanto concerne la prova del danno non patrimoniale, la regola generale che impone, anche *in subiecta materia*, una rigorosa applicazione del criterio di ripartizione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., subisce un temperamento attraverso l'ampia ammissione, da parte dei giudici di legittimità, del ricorso alla prova presuntiva (in tale direzione si vedano, tra le altre, Sez. 3, n. 28989/2019, Dell'Utri, Rv. 656223-01; Sez. 3, n. 14392/2019, Valle, Rv. 654094-01; Sez. I, n. 29784/2018, Marotta, Rv. 651673-01; Sez. 3, n. 11754/2018, Vincenti, Rv. 648794-01).

Non sono, tuttavia, mancate in dottrina manifestazioni di dissenso, avendo alcuni autori rilevato come la giurisprudenza, fondando non di rado il ragionamento presuntivo inteso a verificare la sussistenza del danno non patrimoniale non su fatti secondari introdotti in giudizio con finalità probatorie, ma sulla stessa lesione dell'interesse della persona non suscettibile di valutazione economica, finisca con l'avallare una prova *in re ipsa* del pregiudizio non patrimoniale (E. TUCCARI, *La prova del pregiudizio non patrimoniale attraverso le presunzioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1012 e ss.; R. BREDA, *Danni civili – “Di doman non c'è certezza: il futuro del danno non patrimoniale”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1274 e ss.).

Il ragionamento presuntivo in forza del quale al giudice è consentito di riconoscere come esistente un certo pregiudizio in tutti i casi in cui si verifichi una determinata lesione, talora impropriamente identificato nel fatto notorio – il quale indica una circostanza concreta non soggetta a prova e, quindi, sottratta all'onere di allegazione (S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, Milano, 2010, 23; F. CARNELUTTI, *Massime d'esperienza e fatti notori*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, 639; in giurisprudenza, per la distinzione tra fatti notori e massime di esperienza, si veda Sez. 5, n. 5438/2017, Carbone, Rv. 643456-01) –, trova, invero, fondamento nelle massime di esperienza (M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 2, 551), le quali non operano sul terreno dell'accadimento storico, ma su quello della valutazione dei fatti, in quanto costituiscono regole di giudizio basate su leggi naturali, statistiche o di mera

esperienza, comunemente e pacificamente accettate in un determinato ambiente (Sez. 3, n. 8546/2008, Frasca, Rv. 602633-01; Sez. 3, n. 11754/2018, Vincenti, Rv. 648794-01; Sez. 3, n. 901/2018, Travaglino, Rv. 647125-01).

La massima di comune esperienza costituisce il risultato del processo di generalizzazione dei caratteri comuni di una serie di fatti passati che, pur estranei al processo, vengono assunti come dati di partenza. La peculiarità di tale regola di giudizio, il cui impiego da parte del giudice è consentito dall'art. 115, comma 2, c.p.c., risiede nel fatto che in forza di essa il ragionamento inferenziale può essere fondato non solo sul fatto secondario, ma sul fatto principale: il fatto ignorato – nella specie l'esistenza del danno non patrimoniale – può, pertanto, essere tratto da un elemento costitutivo dell'illecito noto, come la lesione del dritto personale cagionata dal fatto illecito ovvero dall'inadempimento.

Il ricorso alle massime di esperienza rientra nell'ambito del giudizio presuntivo - atteso che l'art. 2729 c.c. fa riferimento ad un collegamento tra fatti senza alcuna differenziazione tra fatti principali e fatti secondari -, ma si distingue dalla prova per presunzioni vera e propria, attraverso la quale si fa derivare la conoscenza del fatto ignorato da un altro fatto secondario, estraneo alla fattispecie costitutiva dell'illecito e introdotto in giudizio come elemento probatorio.

Alla stregua di tale premessa, si palesa con sufficiente chiarezza la distinzione tra danno *in re ipsa* e danno dimostrabile attraverso il ricorso al ragionamento presuntivo, nella duplice declinazione della prova per presunzioni e dell'impiego delle massime di comune esperienza.

L'elemento discretivo deve, infatti, essere individuato nella possibilità, o meno, di fornire la prova contraria.

Nella nozione di danno *in re ipsa* il danno è esso stesso elemento della lesione, così che viene a configurarsi un rapporto di implicazione necessaria in ragione del quale diviene superflua sia l'allegazione, che la prova, essendo precluso all'autore dell'illecito dedurre e dimostrare il contrario; il ragionamento presuntivo poggia, invece, su una implicazione meramente probabile che, a propria volta, si traduce in una regola probatoria (*id quod plerumque accidit*).

Orbene, alla stregua dell'orientamento interpretativo che esclude la configurabilità del danno *in re ipsa*, ciò che deve ritenersi precluso è esclusivamente la costruzione di un rapporto di necessità assoluta tra lesione e danno, insuscettibile di confutazione attraverso la prova contraria.

Resta, comunque, ferma la centralità dell'onere di allegazione gravante sul danneggiato - la cui latitudine riflette la complessità e multiformità delle concrete alterazioni esistenziali in cui può exteriorizzarsi il danno non patrimoniale che, a sua volta, deriva dall'ampiezza contenutistica dei diritti della persona investiti dalla lesione ingiusta - non potendo il giudice, in ogni caso, sopperire alle carenze

assertorie relative all'oggetto della domanda e ai fatti, principali e secondari, dedotti a sostegno della stessa (A. SCARPA, *Allegazione e prova del danno non patrimoniale*, cit., 99 e ss.).

Tra le fattispecie in cui ricorre più frequentemente la questione dell'ambito di operatività del ragionamento presuntivo ai fini della prova del danno non patrimoniale è quella dei pregiudizi derivanti dalla perdita o dalla compromissione del rapporto parentale.

Difatti, la Cassazione ha, a più riprese, ribadito che, in caso di perdita definitiva del rapporto matrimoniale e parentale, ciascuno dei familiari superstiti ha diritto ad una liquidazione comprensiva di tutto il danno non patrimoniale subito, in proporzione alla durata e all'intensità del vissuto, nonché alla composizione del restante nucleo familiare in grado di prestare assistenza morale e materiale, avuto riguardo all'età della vittima e a quella dei familiari danneggiati, alla personalità individuale di costoro, alla loro capacità di reazione e sopportazione del trauma e ad ogni altra circostanza del caso concreto, da allegare e provare (anche presuntivamente, secondo nozioni di comune esperienza) da parte di chi agisce in giudizio, spettando alla controparte la prova contraria di situazioni che compromettono l'unità, la continuità e l'intensità del rapporto familiare (Sez. 3, n. 11212/2019, Valle, Rv. 653591-01; nella stessa direzione si vedano, tra le altre, Sez. 3, n. 2788/2019, Porreca, Rv. 652664-02; Sez. L, n. 14655/2017, Negri Della Torre, Rv. 645856-01).

L'essenzialità del compiuto assolvimento dell'onere assertorio è sottolineata con particolare rigore da Sez. 3, n. 10527/2011, Scarano, Rv. 618210-01, secondo la quale, nel caso di morte di un prossimo congiunto, un danno non patrimoniale diverso ed ulteriore rispetto alla sofferenza morale (c.d. danno da rottura del rapporto parentale) non può ritenersi sussistente per il solo fatto che il superstite lamenti la perdita delle abitudini quotidiane, ma esige la dimostrazione di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, che è onere dell'attore allegare e provare. Tale onere di allegazione, peraltro, va adempiuto in modo circostanziato, non potendo risolversi in mere enunciazioni generiche, astratte od ipotetiche. In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto non adeguatamente adempiuto il suddetto onere di allegazione da parte dei genitori di persona deceduta in un sinistro stradale che avevano domandato il ristoro - in aggiunta al danno morale - anche del danno c.d. esistenziale, allegando a fondamento di tale pretesa la perdita "del piacere di condividere gioie e dolori col figlio" e dei "riti del vivere quotidiano, quali potevano essere il cinema assieme alla sera, l'alternarsi alla guida della macchina, le vacanze, le telefonate durante la giornata, il caffè appena svegli, il pranzo, la cena, i regali inattesi") (nel medesimo senso si vedano, altresì, Sez. 3, n. 21060/2016, Scarano, Rv. 642934-02; Sez. 3, n. 28989/2019, Dell'Utri,

Rv. 656223-02).

Secondo altre pronunce, ai fini della delimitazione dell'estensione dell'onere della prova gravante sul familiare superstite, assume, invece, rilevanza il grado di parentela, perché il soggetto che abbia patito un danno per l'uccisione di un membro della famiglia nucleare viene a trovarsi in posizione di vantaggio, potendo lo stretto vincolo di parentela costituire il fatto noto attraverso il quale risalire al fatto ignorato dell'esistenza di un danno ai sensi dell'art. 2727 c.c. Trattandosi, tuttavia, di *preaesumptio hominis* spetta al convenuto l'onere di dimostrare che, nonostante lo stretto rapporto di parentela, la vittima primaria e la vittima secondaria non erano legati da alcun vincolo affettivo.

In tale prospettiva la presunzione non opera, invece, in caso di uccisione o grave menomazione di un parente non stretto (quale potrebbe essere il cugino, il nipote *ex fratre*, ecc.), gravando sull'attore l'onere di dimostrare che era legato alla vittima da un intenso rapporto affettivo, la cui rottura ha provocato conseguenze pregiudizievoli in termini di sofferenza morale e di alterazione dell'esistenza.

In questo caso la prova deve vertere non solo sullo stato di afflizione in cui è venuto a trovarsi il superstite dopo la scomparsa del congiunto, ma anche sulla natura e sul concreto svolgimento del rapporto interpersonale con quest'ultimo. Potranno, a tale fine, essere dedotti quali fatti secondari utili al ragionamento presuntivo, la stretta frequentazione con la vittima, la vicinanza di affetti o di interessi, un'intesa amichevole, la risalente e prolungata convivenza e comunque qualunque altro elemento concreto da cui desumere l'assimilabilità di quel rapporto ad una relazione filiale, genitoriale o fraterna.

Su questa linea, Sez. L, n. 29784/2018, Marotta, Rv. 651673-01 e Sez. L, n. 26614/2019, Blasutto, Rv. 655512-01, hanno affermato che la prova del danno da sofferenza interiore per la perdita del familiare può essere fornita mediante presunzione fondata sull'esistenza dello stretto legame di parentela riconducibile all'interno della famiglia nucleare, superabile dalla prova contraria, gravante sul danneggiante, imperniata non sulla mera mancanza di convivenza (che, in tali casi, può rilevare al solo fine di ridurre il risarcimento rispetto a quello spettante secondo gli ordinari criteri di liquidazione), bensì sull'assenza di legame affettivo tra i superstiti e la vittima, nonostante il rapporto di parentela.

In termini non dissimili si è espressa Sez. 6-3, n. 3767/2018, Rossetti, Rv. 648035-02, secondo la quale l'uccisione di una persona fa presumere da sola, *ex art. 2727 c.c.*, una conseguente sofferenza morale in capo ai genitori, al coniuge, ai figli o ai fratelli della vittima, a nulla rilevando né che la vittima e il superstite non convivessero, né che fossero distanti (circostanze, queste ultime, le quali potranno essere valutate ai fini del *quantum debeatur*). Nei casi suddetti è, pertanto, onere del convenuto provare che vittima e superstite fossero tra loro indifferenti o in odio, e

che, di conseguenza, la morte della prima non abbia causato pregiudizi non patrimoniali di sorta al secondo (in tale direzione si veda, altresì, Sez. 3, n. 12146/2016, *Vincenti*, Rv. 640287-01).

XVI) L'ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO NELLE LOCAZIONI E LA BUONA FEDE NELL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

(DI IRENE AMBROSI E STEFANO PEPE)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Strumenti di autotutela e di tutela nel rapporto di locazione. Fondamento e limiti di esercizio del diritto: eccezione di inadempimento e buona fede.– 3. Criteri ermeneutici di valutazione della legittimità della sospensione della prestazione sinallagmatica.

1. Premessa.

Nel corso del 2019 la Corte di cassazione ha esaminato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico intercorrente tra le prestazioni del conduttore e del locatore, da un lato, la differente tutela apprestata dall'art. 1460 c.c. rispetto a quella di carattere giudiziale di cui all'art. 1578 c.c. e, dall'altro, l'operatività nell'ambito del rapporto contrattuale in esame del principio di buona fede quale limite all'operatività dello strumento dell'autotutela previsto dall'art. 1460 c.c.

Particolarmente rilevanti le conclusioni dell'analisi compiuta che collocano i due istituti nel sistema su piani funzionalmente diversi: per un verso, l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) quale strumento di autotutela, calato nella fase di esecuzione del contratto, con funzione sospensiva delle prestazioni corrispettive, per l'altro, la domanda di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo nel caso di vizi della cosa locata (art. 1578 c.c.) quale strumento di tutela, calato nella fase genetica del contratto, che incide direttamente sulla fonte dell'obbligazione, con funzione risolutiva o riequilibratrice del sinallagma.

Su tutto, la Suprema Corte ha posto il canone della correttezza e buona fede come oggettivo parametro comportamentale e criterio ermeneutico dirimente al fine di valutare se la sospensione della controparte dell'inadempiente, avuto riguardo "alle circostanze del caso concreto", è contraria a "buona fede".

In applicazione di tali conclusioni, la Corte di cassazione ha fornito criteri per un'interpretazione meno rigida e formalistica delle evenienze nelle quali ritenere legittimo il ricorso alla sospensione del pagamento dei canoni da parte del conduttore.

2. Strumenti di autotutela e di tutela nel rapporto di locazione. Fondamento e limiti di esercizio del diritto: eccezione di inadempimento e buona fede.

Un primo rilevante arresto giurisprudenziale è quello della Sez. 3, n. 16917/2019, Graziosi, Rv. 654434 - 01, che ha ricevuto la seguente massimazione dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo: *"L'art. 1578 c.c. offre al conduttore una tutela contro i vizi della cosa locata esistenti al momento della consegna che presuppone l'accertamento giudiziale dell'inadempimento del locatore ai propri obblighi ed incide direttamente sulla fonte dell'obbligazione; al contrario, l'art. 1460 c.c. prevede una forma di autotutela che attiene alla*

fase esecutiva e non genetica del rapporto e consente al conduttore, in presenza di un inadempimento del locatore, di sospendere liberamente la sua prestazione, nel rispetto del canone della buona fede oggettiva, senza la necessità di adire il giudice ai sensi dell'art. 1578 c.c.”.

Il primo aspetto esaminato dalla pronuncia in esame è stato quello del rapporto tra l'art. 1460 c.c. e l'art. 1578 c.c.

In proposito l'art. 1460 c.c. prevede che «nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. Tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede» Il successivo art. 1578 c.c. sancisce che «Se al momento della consegna la cosa locata è affetta da vizi che ne diminuiscono in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito, il conduttore può domandare la risoluzione del contratto o una riduzione del corrispettivo, salvo che si tratti di vizi da lui conosciuti o facilmente riconoscibili. Il locatore è tenuto a risarcire al conduttore i danni derivati da vizi della cosa, se non prova di avere, senza colpa, ignorato i vizi stessi al momento della consegna».

Nella fattispecie sottoposta alla Corte parte conduttrice aveva sospeso il pagamento dei canoni dovuti alla locatrice sull'asserito grave inadempimento alle prestazioni contrattuali di quest'ultima; sospensione che, in ultimo, la Corte d'Appello aveva ritenuto illegittima. In particolare, i giudici di merito avevano ritenuto conforme al principio di buona fede il ricorso al rifiuto dal pagamento del canone (*ex* art 1460 c.c.) solo in presenza della proporzionalità delle reciproche prestazioni del contratto di locazione e, dunque, alla luce dei rispettivi inadempimenti, avendo ritenuto la Corte giustificata la sospensione totale del pagamento del canone - qui effettuata dall'attuale ricorrente - soltanto nel caso di totale compromissione del godimento del bene. Inoltre, i giudici di merito avevano ritenuto che il mancato pagamento del canone di locazione da parte del conduttore (*ex* art. 1460 c.c.), e dunque l'inadempimento della principale obbligazione posta a suo carico, non può intendersi legittimato dall'eccezione di inadempimento sollevata dalla medesima parte, avente fondamento su una riduzione o una diminuzione di godimento del bene, per evento ricollegabile al fatto del locatore. La sospensione totale o parziale del pagamento del canone, invero, è legittima nella sola ipotesi in cui vi sia sproporzione fra i rispettivi inadempimenti delle parti, da valutarsi non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che le parti ne facciano, bensì in relazione alla situazione oggettiva. In ragione di ciò può ritenersi giustificata una sospensione integrale dell'adempimento dell'obbligo del conduttore di corrispondere il canone di

locazione solo a fronte di una effettiva compromissione totale del godimento del bene locato (che nella fattispecie non era avvenuta), ferma restando la necessità di accertare giudizialmente, in seguito alla sospensione dell'adempimento a carico del conduttore, la carenza della prestazione della controparte. In mancanza dell'accertamento predetto, la condotta del conduttore costituisce fatto arbitrario ed illegittimo che altera il sinallagma contrattuale e determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti per effetto di una unilaterale ragion fattasi, che configura, pertanto, inadempimento colpevole all'obbligo di adempiere esattamente e puntualmente al contratto stipulato ed all'obbligazione principale a suo carico gravante.

La Corte di cassazione con la sentenza in esame sottopone a critica l'ultima parte dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di merito circa il necessario successivo intervento giudiziale volto a verificare la legittimità dell'inadempimento del conduttore (*ex art 1460 c.c.*), seppure allo stesso tempo rilevi che questo trova fondamento in un proprio precedente (Sez. 3, n. 14739/2005, Chiarini, Rv. 583885 - 01).

Il Collegio osserva che l'art 1460 c.c. fornisce uno strumento di autotutela¹¹⁴ per l'ipotesi di esecuzione in versione negativa, ovvero inadempimento o adempimento inesatto, e la "traduzione" della norma nel caso concreto risiede nel rispetto del parametro della buona fede oggettiva - non soggettiva, la mera incolpevole ignoranza di ledere il diritto altrui non può quindi legittimare l'inadempimento - diversamente, la lettura fornita dalla Corte d'Appello si riduce nel ravvisare nell'art. 1460 c.c. una mera avanguardia dell'articolo 1578, nel senso che, componendosi una fattispecie a formazione progressiva, solo l'esercizio delle azioni previste da quest'ultima norma può condurre a ritenere legittima la sospensione dell'adempimento del pagamento del canone da parte del conduttore - e, ovviamente, soltanto se l'esito dell'azione è positivo per l'attore.

In proposito, la Corte si sofferma sulla natura di rimedio meramente temporaneo dell'art. 1460 c.c. da cui può, dunque, derivare una delle tre ipotesi seguenti:

¹¹⁴ La natura e la funzione dell'eccezione di inadempimento sono controverse in dottrina: propendono nel considerarlo uno strumento di coazione psicologica, REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in Enc. Dir., XIV, Milano, 1965, 239; V. ROPPO, *Il contratto*, in Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti, Milano, 2001, 989; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 272. Lo considera come strumento funzionale ad una eventuale futura azione esecutiva, G.G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 306; riconducono l'*exceptio* tra i mezzi di autotutela, L. BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, in Digesto civ., VII, Torino, 1991, 331; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V. La responsabilità, Milano 1994, 329 ss.; P. VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002, 378 ss. E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, Riv. Dir. priv., 2014, 167 ss.

- in primo luogo, se l'inadempimento che l'ha provocata persiste, esso condurrà alla risoluzione del contratto, e l'eccipiente sarà liberato dalla propria obbligazione”;

- in secondo luogo, se l'inadempimento di controparte cessa, “cessa anche il diritto di autotutela dell'eccipiente, il quale sarà perciò obbligato all'adempimento”;

- in terzo luogo, se l'inadempimento di controparte risulta insussistente oppure inidoneo a giustificare l'eccezione (il che - può ben aggiungersi - giuridicamente equivale), “l'eccipiente sarà tenuto all'adempimento, ovvero sarà esposto all'azione di risoluzione per inadempimento”.

Ne consegue che l'*exceptio inadimpleti contractus* mai potrà “avere effetti liberatori, ma solo effetti sospensivi, transeunti della “forza di legge” del contratto”.

Gli effetti liberatori potranno scaturire “solo dalla risoluzione del contratto, sia essa giudiziale, automatica o consensuale”. Peraltro, qualora il contratto sia di durata, *ex* articolo 1458 c.c. la risoluzione non potrà “travolgere le obbligazioni sorte nel periodo in cui il contratto ebbe esecuzione”.

La differenza tra il rimedio di cui all'art. 1460 c.c. e quello di cui all'art. 1578 c.c. è, dunque, evidente, laddove dopo l'applicazione del primo sussiste l'eventualità che l'esecuzione contrattuale si riattivi, riprendendo ad adempiere la parte che ha suscitato l'applicazione dell'art. 1460 ad opera di controparte, quest'ultima a sua volta conseguentemente ripianando il proprio inadempimento reattivo: eventualità in cui *ictu oculi* non vi è alcuno spazio (ovvero, sotto forma processuale, non vi è alcun interesse) per esercitare le azioni dell'art. 1578 c.c. Ma anche nell'eventualità opposta, in cui l'esecuzione non viene riattivata, non è necessario proporre azione ai sensi della suddetta norma, ben potendo le parti, secondo i principi generali dell'autonomia negoziale, risolvere “in proprio” (risoluzione consensuale), risolvere “automaticamente” (ai sensi dell'art. 1456 c.c.) o anche andare oltre, mediante un negozio di accertamento transattivo.

In conclusione, l'art. 1460 c.c. è un paradigma dell'esecuzione del contratto che ne prevede la sospensione; ma, proprio perché attiene alla fase esecutiva, non incide “alla radice”, ovvero sul contratto in sé come vincolo cui le parti si sono reciprocamente avvinte spendendo la loro autonomia giuridico-negoziale (artt. 1321, 1322 e 1372 c.c.). Non si è, pertanto, sul piano dell'art. 1578 c.c. che incide direttamente sulla fonte delle obbligazioni - il contratto, appunto - apportandone la risoluzione o la riequilibrante riforma del sinallagma.

Il secondo aspetto esaminato dalla Corte ha comportato il rigetto del ricorso proposto dalla conduttrice in quanto contrario al canone della buona fede *ex* art. 1460 c.c. il mancato pagamento dei canoni di locazione da essa posto in essere.

Al riguardo, ha richiamato quanto da tempo ravvisato dalla giurisprudenza di

legittimità e cioè come l'art. 1175 c.c. sia una delle norme che innervano il sistema contrattuale del principio della buona fede come obiettivo parametro comportamentale (e dunque non quale percezione soggettiva, come quando, in altri campi, integra *una species* dell'elemento soggettivo dell'agente)¹¹⁵; in tale prospettiva, correttezza e buona fede oggettiva sono, in realtà, un'endiadi sia semanticamente sia intrinsecamente. Nell'ipotesi della sospensione dell'adempimento regolato dall'articolo 1460 c.c. l'endiadi è presente a mezzo del secondo comma dell'articolo, il quale, con il riferimento “alle circostanze”, evidentemente proprie del caso concreto, correla ad esse la potenziale sospensione della controparte dell'inadempiente per determinare se secondo “buona fede” tale sospensione possa concretizzarsi; ciò non può non significare commisurazione del rilievo sinallagmatico delle obbligazioni coinvolte, *id est* proporzionalità ¹¹⁶.

Pertanto, la Corte ha osservato che la suindicata sospensione del pagamento del canone non era conforme al parametro della buona fede oggettiva, in quanto non era proporzionale all'inadempimento di controparte, avendo la conduttrice continuato a godere dell'immobile fino al momento del rilascio, sfruttandolo a fini economici, mentre parte locatrice non ha ricevuto alcuna prestazione, in quanto è stato omesso il pagamento del canone di locazione.

Nel caso di specie, infatti, non si poteva sostenere che a causa della mancata manutenzione straordinaria l'immobile sia risultato inutilizzabile come albergo, avendo la società conduttrice continuato a svolgervi la propria attività sino a

¹¹⁵ Cfr. E. GABRIELLI, Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione, op.cit, 171. L'Autore osserva che il “fondamento ed al medesimo tempo il limite di esercizio del diritto potestativo dell'eccezione è dunque segnato dal principio di buona fede. La formula della norma è infatti assai chiara in tal senso: non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede”, che in questo caso si caratterizza come legittimo esercizio delle proprie ragioni, e che si distingue dal rimedio della risoluzione, perché si fonda sull'altrui inadempimento, ma non produce lo scioglimento del contratto e non necessita, per il suo utilizzo, dei medesimi presupposti soggettivi ed oggettivi”.

¹¹⁶ La pronuncia richiama in tal senso, come espressione di un orientamento più che consolidato, le seguenti pronunce: “(Cass. Sez. 3, 4 dicembre 1981 n. 6441 - per cui nei contratti a prestazioni corrispettive il rifiuto di una parte di adempiere non è giustificato dall'inadempimento di controparte ex articolo 1460 se questo, in relazione alla sua obiettiva entità e all'interesse dell'avversario, risulti di scarsa importanza, così da evidenziare la contrarietà alla buona fede del rifiuto -, Cass. Sez. 3, 29 aprile 1982 n. 2708 - che insegna che nei contratti a prestazioni corrispettive l'eccezione di inadempimento mira a conservare l'equilibrio sostanziale e funzionale alle obbligazioni contrapposte, onde chi eccepisce ex articolo 1460 è in buona fede solo se il suo comportamento è oggettivamente ragionevole e logico, nel senso che abbia concreta giustificazione nel rapporto tra le prestazioni eseguite e quelle rifiutate, in relazione ai legami di corrispettività e contemporaneità di esse -, Cass. sez. 2, 9 agosto 1982 n. 4457 - che, a proposito in particolare dell'*exceptio non rite adimpleti contractus* ai sensi dell'articolo 1460, esige che la proporzionalità tra gli inadempimenti sia valutata oggettivamente in riferimento all'intero equilibrio del contratto, e quindi non secondo la rappresentazione soggettiva delle parti -, e Cass. sez. 3, 7 gennaio 2004 n. 58; cfr. pure Cass. sez. 3, 19 aprile 1974 n. 1086, Cass. sez. 3, 8 giugno 1976 n. 2111, Cass. sez. 2, 7 maggio 1982 n. 2843, Cass. sez. 3, 7 marzo 2001 n. 3341, Cass. sez. 3, 11 febbraio 2005 n. 2855, Cass. sez. 3, 11 aprile 2006 n. 8425, cit., Cass. sez. L, 3 maggio 2011 n. 9714)”.

quando è stata costretta a rilasciarlo per intervento del giudice.

3. Criteri ermeneutici di valutazione della legittimità della sospensione della prestazione sinallagmatica.

Sempre nel corso dell'anno 2019, la Suprema Corte, Sez. 3, n. 16918/2019, Graziosi, Rv. 654401 – 02, è tornata ad esaminare i limiti di operatività dell'autotutela di cui all'art. 1460 c.c. esprimendo il seguente principio di diritto, così massimato: *«In tema di locazione di immobili, il conduttore può sollevare l'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. non solo quando venga completamente a mancare la prestazione della controparte, ma anche nel caso in cui dall'inesatto adempimento del locatore derivi una riduzione del godimento del bene locato, purché la sospensione, totale o parziale, del pagamento del canone risulti giustificata dall'oggettiva proporzione dei rispettivi inadempimenti, riguardata con riferimento al complessivo equilibrio sinallagmatico del contratto e all'obbligo di comportarsi secondo buona fede».*

Dopo aver preliminarmente riaffermato la natura di “rimedio necessariamente temporaneo” dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. che interviene nel corso dell'esecuzione del contratto e ne prevede la sospensione e, pertanto, si pone su un piano diverso da quello dell'art. 1578 c.c. che incide direttamente sulla fonte delle obbligazioni, la Corte ha specificato ulteriormente i principi sopra espressi ribadendo, in particolare, che la buona fede richiamata dall'art. 1460 c.c. è quella oggettiva, la quale ha la funzione di bilanciare le contrapposte prestazioni nel corso dell'esecuzione del contratto e, in ragione di ciò, giustifica la sospensione di una di esse solo nel caso in cui vi è una oggettiva sproporzione tra di esse. In sostanza, nei contratti a prestazioni corrispettive non è legittimo il ricorso all'art. 1460 c.c. se l'inadempimento di controparte, in relazione alla sua obiettiva entità e all'interesse dell'avversario, risulti di scarsa importanza, così da evidenziare la contrarietà alla buona fede del rifiuto *ex art* 1460 c.c. L'eccezione di inadempimento, come detto, mira a conservare l'equilibrio sostanziale e funzionale alle obbligazioni contrapposte, onde chi eccepisce *ex art.* 1460 c.c. è in buona fede solo se il suo comportamento è oggettivamente ragionevole e logico, nel senso che abbia concreta giustificazione nel rapporto tra le prestazioni eseguite e quelle rifiutate, in relazione ai legami di corrispettività e contemporaneità di esse, per cui *l'exceptio non rite adimpleti contractus* ai sensi dell'art. 1460 c.c. esige che la proporzionalità tra gli inadempimenti sia valutata oggettivamente in riferimento all'intero equilibrio del contratto, e quindi non secondo la rappresentazione soggettiva delle parti.

La Corte di cassazione con la richiamata sentenza, in applicazione di tali principi, supera una interpretazione rigida fornita dalla stessa giurisprudenza di legittimità secondo la quale il conduttore legittimamente può far ricorso alla sospensione del pagamento dei canoni solo quando il locatore omette

completamente l'adempimento della propria prestazione e, quindi, rende impossibile il godimento del bene locato¹¹⁷.

In proposito secondo un orientamento della Corte di cassazione (cfr., tra le pronunce massimate non eccessivamente risalenti, Sez. n. 10639/2012, D'Amico Rv. 623120-01) si era affermato che, in tema di locazione di immobili urbani per uso diverso da quello abitativo, la cosiddetta autoriduzione del canone (e, cioè, il pagamento di questo in misura inferiore a quella convenzionalmente stabilita) costituiva fatto arbitrario ed illegittimo del conduttore, che provocava il venir meno dell'equilibrio sinallagmatico del negozio, anche nell'ipotesi in cui detta autoriduzione sia stata effettuata dal conduttore in riferimento al canone dovuto a norma dell'art. 1578 c.c., comma 1, per ripristinare l'equilibrio del contratto, turbato dall'inadempimento del locatore e consistente nei vizi della cosa locata. Secondo l'orientamento in esame, infatti, tale norma non dà facoltà al conduttore di operare detta autoriduzione, ma solo a domandare la risoluzione del contratto o una riduzione del corrispettivo, essendo devoluto al potere del giudice di valutare l'importanza dello squilibrio tra le prestazioni dei contraenti. In conformità a tale interpretazione la Sez. 6 - 3, n. 13887/2011, Finocchiaro, Rv. 618817- 01 - massimata come *certa lex* - ha affermato che il conduttore di un immobile non può astenersi dal versare il canone, ovvero ridurlo unilateralmente, nel caso in cui si verifichi una riduzione o una diminuzione nel godimento del bene, quand'anche tale evento sia ricollegabile al fatto del locatore. La sospensione totale o parziale dell'adempimento dell'obbligazione del conduttore è, difatti, legittima soltanto qualora venga completamente a mancare la controprestazione da parte del locatore, costituendo altrimenti un'alterazione del sinallagma contrattuale che determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti. Ed ancora, la Sez. 3, n. 261/2008, Di Nanni, Rv. 601212 – 01 ha precisato che in tema di locazione al conduttore non è consentito di astenersi dal versare il canone, ovvero di ridurlo unilateralmente, nel caso in cui si verifichi una riduzione o una diminuzione nel godimento del bene, e ciò anche quando si assume che tale evento sia ricollegabile al fatto del locatore. La Corte in tale ultima sentenza ha precisato che la sospensione totale o parziale dell'adempimento dell'obbligazione del conduttore è, difatti, legittima soltanto qualora venga completamente a mancare la

¹¹⁷ Questo orientamento, considerato dalla dottrina, oramai costante e consolidato, veniva in parte criticato “da chi ritiene che debbano essere tenuti distinti il piano della gravità dell'inadempimento da quello dell'eccezione di inadempimento, poiché, anche secondo l'opinione di una parte seppur minoritaria della giurisprudenza, la gravità dell'inadempimento funge da limite alla domanda di risoluzione del contratto, mentre il rifiuto di adempiere ex art. 1460 cod. civ. tende, all'opposto, a salvaguardare l'interesse all'adempimento del contratto, con la conseguenza che scarsa importanza dell'inadempimento e contrarietà a buona fede non sono concetti tra loro identificabili in termini assoluti. In tal senso, cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, op.cit, 173.

controprestazione da parte del locatore, costituendo altrimenti un'alterazione del sinallagma contrattuale che determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti. Inoltre, secondo il principio *inadimplenti non est adimplendum*, la sospensione della controprestazione è legittima solo se conforme a lealtà e buona fede. Nella specie, in applicazione del riportato principio, la Corte ha confermato la sentenza con cui il giudice di appello aveva limitato il periodo di inutilizzabilità dell'immobile locato - con conseguente esonero del conduttore dal pagamento dei canoni della locazione e degli accessori - a quello di effettiva inagibilità dei locali, danneggiati dall'acqua utilizzata per spegnere un incendio sviluppatosi nel condominio.

Un conciso ma adeguato *specimen* del ragionamento adottato da questo orientamento può qualificarsi nella motivazione di Sez. 3, n. 14739/2005, Chiarini, Rv. 583885 – 01 secondo la quale: “La giurisprudenza ha ripetutamente ribadito il principio secondo il quale la principale e fondamentale obbligazione del conduttore di immobili è il pagamento del canone di locazione, sì che non gli è consentito di astenersi dal corrisponderlo anche nel caso in cui si verifichi una riduzione o una diminuzione del godimento del bene, nemmeno nel caso in cui egli assuma che tale evento sia ricollegabile al fatto del locatore. Infatti la sospensione dell’adempimento di detta obbligazione, ai sensi dell’art. 1460 c.c., è legittima soltanto quando sia giudizialmente accertato che è venuta completamente a mancare la prestazione della controparte, altrimenti costituisce fatto arbitrario ed illegittimo del conduttore che altera il sinallagma contrattuale e determina uno squilibrio tra le prestazioni delle parti per effetto di un’ unilaterale ragion fattasi del conduttore, che perciò configura inadempimento colpevole all’obbligo di adempiere esattamente e puntualmente al contratto stipulato e all’obbligazione principale per il conduttore. A ciò deve aggiungersi che... la sospensione della prestazione sinallagmatica – secondo il principio *inadimplenti non est adimplendum* - è legittima soltanto se è conforme a lealtà e buona fede, il che è da escludere se il conduttore continua a godere dell’immobile, e al momento in cui gli è chiesto il pagamento del canone, assume l’inutilizzabilità del bene all’uso convenuto, perché in tal modo fa venir meno la proporzionalità tra le rispettive prestazioni. Dunque in tal caso, per conformare il suo comportamento a buona fede, può soltanto chiedere una riduzione del canone proporzionata all’entità del mancato godimento, in analogia al disposto dell’art. 1584 c.c. (...) ovvero può chiedere la risoluzione del contratto (...)”.

La Corte con la sentenza in esame supera il suindicato indirizzo formalistico e offre criteri ermeneutici dai quali desumere la legittimità della sospensione della prestazione sinallagmatica.

Viene, infatti, affermato che la permanenza della detenzione della cosa locata è compatibile con la sospensione totale del canone nel caso in cui l'inutilizzabilità di

detta detenzione renda totale anche l'inadempimento del locatore, qualora invece sussista ancora un grado di utilizzabilità dell'immobile locato, ovvero una "quota" di adempimento del locatore, il conduttore potrà sospendere in proporzione il versamento del canone, applicandosi quindi integralmente l'art. 1460 c.c. e seguendo, per effettuarne nel concreto la corretta applicazione, il parametro posto nel secondo comma dell'articolo, ove lo si evince a contrario: se non corrisponde alla buona fede oggettiva sospendere l'adempimento nel caso in cui l'inadempimento o l'adempimento inesatto di controparte "avuto riguardo alle circostanze" non giustifichi la sospensione, viceversa la sospensione è corrispondente alla buona fede oggettiva quando "avuto riguardo alle circostanze" l'inadempimento o l'adempimento inesatto del locatore è tale da giustificare il rifiuto di adempimento del conduttore. E in questo raffronto sintonizzante non può non venire inclusa pure la sospensione parziale - quindi la determinazione proporzionale del quantum del canone sospeso - proprio perché (cfr. articolo 1218 c.c.) si tratta di una reazione che deve essere il consequenziale riverbero non solo di un inadempimento, ma - come il più delle volte è configurabile nel contratto locatizio quando l'eccipiente è il conduttore che permanga nella detenzione dell'immobile - anche di un adempimento inesatto (*exceptio rite non adimpleti contractus*).

In conclusione, la Corte perviene ad una lettura dell'art. 1460 c.c., meno formale e rigida e che meglio tiene conto del concreto bilanciamento delle diverse prestazioni poste a carico del locatore e del conduttore; lettura che rende effettiva, in applicazione del canone della buona fede oggettiva richiamata dalla norma, la tutela da quest'ultima apprestata alle parti.

In sostanza non viene limitata l'applicazione dell'art. 1460 c.c. ai casi in cui sia del tutto assente la prestazione di una delle parti, potendo il conduttore anche solo sospendere la propria prestazione di pagamento dei canoni di locazione in modo proporzionale e, dunque, nel rispetto del principio della buona fede oggettiva, all'inadempimento da parte del locatore della corrispettiva prestazione del godimento del bene. Osserva la Corte di cassazione che l'autotutela che conferisce l'articolo in esame al conduttore in caso di inadempimento del locatore non è «atrofizzabile dalla tipicità del contratto, in quanto - in ultima analisi - consistente nell'applicazione della buona fede oggettiva nell'esecuzione contrattuale».

A conferma dell'indirizzo sopra riportato, la Sez. 3, n. 20322/2019, Iannello Rv. 654927 - 03 ha, poi, affermato che in tema di locazione di immobili, il conduttore può sollevare l'eccezione di inadempimento, ai sensi dell'art. 1460 c.c., non solo quando venga completamente a mancare la prestazione del locatore, ma anche nell'ipotesi di suo inesatto inadempimento, tale da non escludere ogni possibilità di godimento dell'immobile, purché la sospensione del pagamento del

canone appaia giustificata, in ossequio all'obbligo di comportarsi secondo buona fede, dall'oggettiva proporzione dei rispettivi inadempimenti, avuto riguardo all'incidenza della condotta della parte inadempiente sull'equilibrio sinallagmatico del contratto, in rapporto all'interesse della controparte. Nella specie, in applicazione del principio, la Suprema Corte ha accolto il ricorso proposto dal conduttore, che aveva lamentato l'erroneità della decisione di merito nella parte in cui aveva ritenuto illegittima la sospensione, da parte sua, del pagamento dei canoni, a fronte dell'inadempimento del locatore all'obbligo assunto di ottenere dalla pubblica amministrazione il mutamento di destinazione d'uso dell'immobile da “magazzino” a “locale commerciale”, nonché per le infiltrazioni d'acqua e gli allagamenti verificatisi.

PARTE QUARTA

ALCUNE QUESTIONI INTERDISCIPLINARI

XVII) IL DIVIETO DI *NE BIS IN IDEM* CONVENZIONALE NEI RECENTI APPRODI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ CIVILE E PENALE

(DI PAOLO BERNAZZANI E ANDREA VENEGONI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Recenti pronunce in tema di *ne bis in idem* nella giurisprudenza delle sezioni civili. - 3. Le più recenti pronunce di legittimità in materia penale.

1. Premessa.

Il tema del *ne bis in idem* è certamente uno di quelli sui quali la crescente interazione tra diritto sovranazionale e diritto nazionale nel corso degli ultimi anni ha maggiormente inciso, trasformandolo da argomento, se non di nicchia, certamente non centrale, in uno di quelli su cui più si è sviluppato il dibattito giurisprudenziale e dottrinale.

Le ragioni di questo fenomeno sono varie. Alcune para-giuridiche, come la maggiore attenzione posta negli ultimi anni – non solo a livello giuridico, ma si potrebbe dire anche sociale - alla tutela dei diritti individuali; altre più strettamente di diritto, come l'elaborazione da parte della Corte EDU del concetto di “materia penale”, per cui quest'ultima è ben più ampia del “diritto penale”, comprendendo non solo ciò che è formalmente “penale”, ma anche ciò che, qualificato formalmente come “amministrativo” deve però ritenersi, in virtù di alcune specifiche caratteristiche enucleate dalla Corte (c.d. criteri Engel), sostanzialmente penale, e le sue conseguenze su quanto previsto dall'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione EDU, adottato nel 1984, secondo cui «nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato».

Inoltre, vanno richiamate l'adozione, nel 2000, e la successiva incorporazione nei Trattati, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il cui art. 50 contempla il principio per cui «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale sia già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

La lieve differenza, che appare già solo a livello letterale, tra le formulazioni

del concetto a livello convenzionale e di Unione Europea, nonché l'elaborazione che ne è seguita ad opera della Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo è, poi, certamente, un elemento di stimolo per ulteriori riflessioni.

Il tema è diventato oggi, quindi, di grandissimo interesse, riguardando, a livello pratico, non più solo i procedimenti formalmente penali, ma anche quelli formalmente civili, in cui si discute, però, dell'applicazione di sanzioni che possono essere qualificate come sostanzialmente penali. Il campo delle sanzioni finanziarie e tributarie è, al riguardo, in prima fila.

Per questo il coinvolgimento della Corte di cassazione sul tema si svolge oggi, ormai, “a tutto campo” e riguarda, come detto, numerose sezioni della stessa.

Il lavoro giurisprudenziale è accentuato anche dai nuovi contorni che la definizione del principio va assumendo, a seguito dell'elaborazione delle Corti sovranazionali.

In una parola, e riservando poi alla seconda parte considerazioni più specifiche, si può affermare che il *trend* nell'analisi sul contenuto del principio è quello di una progressiva evoluzione da un concetto che, semplificando, si potrebbe definire come formale o processuale, in cui rileva essenzialmente - sul presupposto che si rientri nel concetto di “materia penale” - il riconoscimento della sussistenza dei requisiti dell’“*idem factum*” e del doppio procedimento (“*bis*”), ad un sistema che, sempre semplificando, si potrebbe dire più caratterizzato da profili sostanziali, in cui, pur senza abbandonare i tradizionali concetti di “*bis*” e “*idem factum*”, e pur enucleando precisi criteri di coordinamento fra procedimenti di diversa natura, pone al centro dell'attenzione la verifica in ordine all'esistenza di un unico sistema sanzionatorio “integrato”, in cui il criterio determinante per stabilire se vi sia violazione o meno del superiore divieto di un doppio giudizio sul medesimo fatto è la constatazione di un'unica risposta punitiva ed il risultato di proporzionalità complessiva della sanzione inflitta nell'ambito dei due procedimenti. (Sulla evoluzione del concetto di *ne bis in idem* da una dimensione essenzialmente processuale ad una dotata di maggiori connotazioni sostanziali si veda, in dottrina, A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in Dir. Pen. Cont., n. 3 del 2018).

Ai fini di questa valutazione, vari sono i criteri che vengono in rilievo, anche a seconda del parametro sovranazionale al quale ci si riferisce: la «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta» tra i due procedimenti, le modalità di acquisizione e trasferimento delle prove tra essi, e, *last but not least*, la proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria.

In quest'ultima accezione, quindi, l'esistenza di due procedimenti per lo stesso fatto non implica necessariamente violazione del divieto di *bis in idem*, se ricorrono

le condizioni che inducono a ritenere che gli stessi sono, in realtà, espressione di un'unica risposta punitiva.

E' però evidente che tale definizione non può che rinviare ad un'analisi che, a questo punto, è legata alle caratteristiche fattuali della fattispecie concreta che, ovviamente, possono variare da caso a caso, con la conseguenza che l'analisi giurisprudenziale diventa sempre più rilevante.

In questo senso, il lavoro intende dare una panoramica di alcune posizioni espresse di recente dalla Corte analizzando sia le pronunce penali, sia quelle civili nei settori che, come detto sopra, appaiono maggiormente coinvolti, quelli delle sanzioni amministrative e tributarie.

2. Recenti pronunce in tema di *ne bis in idem* nella giurisprudenza delle sezioni civili.

Il diritto tributario è pienamente coinvolto nella tematica del *ne bis in idem* per la ragione che si tratta di un settore che prevede un proprio sistema sanzionatorio, formalmente amministrativo (caratterizzato da sanzioni a volte di importi rilevanti, anche dopo la recente riforma di cui al d. lgs. 158 del 2015), il quale non di rado si interseca con le sanzioni penali vere e proprie, di cui al d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e successive modifiche, ma in cui, allo stesso tempo, è espressamente codificato il sistema del “doppio binario”, e quindi, l'apertura di un procedimento per l'irrogazione sia delle sanzioni penali sia di quelle amministrative (art. 20 d.lgs. n. 74 del 2000). Un sistema, quindi, in cui potenziali contrasti con il divieto di *bis in idem* sono frequenti.

Come è stato messo in luce dalla dottrina (F. GALLO, *Il ne bis in idem: un esempio per riflettere sul “ruolo” delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in www.cortedicassazione.it), basta pensare alle condotte di omesso versamento (sanzionate penalmente dagli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000 ed in via amministrativa dall'art. 13 del d.lgs. n. 471 del 1997), ma anche alle condotte di indebita compensazione (che costituiscono illecito penale *ex art.* 10-*quater* del decreto n. 74 ed illecito amministrativo ai sensi dello stesso art. 13 del decreto n. 471), di occultamento e distruzione delle scritture contabili (che costituiscono illecito amministrativo di cui all'art. 9 del decreto n. 471 ed illecito penale quale mancata conservazione della contabilità di cui all'art. 10 del decreto n. 74) ed a quelle di omessa, infedele o fraudolenta dichiarazione (che sono previsti quali illeciti penali dagli artt. 5, commi 1 e 2, 4, 2 e 3 del decreto n. 74 e illeciti amministrativi di cui agli artt. 1, 2 e 5 del decreto n. 471).

Non è infrequente, quindi, che in relazione alla stessa condotta sostanziale si instaurino due procedimenti, uno penale, diretto all'accertamento delle responsabilità personali in relazione alla fattispecie criminosa, ed uno tributario, diretto al recupero delle imposte evase, con irrogazione delle relative sanzioni.

Ciò comporta, quindi, che quando si discute delle sanzioni formalmente amministrative venga eccepito il *ne bis in idem*, se il procedimento penale ha avuto tempi più brevi e si è già concluso.

Senza alcuna pretesa di esaustività per i limiti di spazio di questo lavoro, si intende qui dare conto delle applicazioni più recenti del principio nelle sedi in cui la Cassazione si è occupata delle sanzioni formalmente amministrative, sia tributarie che finanziarie.

Va premesso che anche nel diritto interno si è diffuso il principio, relativo all'aspetto dell'*idem factum*, derivante sia dal diritto convenzionale, quanto da quello euro unitario, secondo cui, ai fini del divieto di “bis”, deve aversi riguardo ai fatti nella loro materialità, indipendentemente dalla qualificazione giuridica operata dalle singole legislazioni nazionali (Sez. 2, n. 31633/2018, Cosentino).

Quanto al concetto di “bis”, la giurisprudenza tributaria della Corte tende ad occuparsi, ovviamente, dell'ammissibilità di un procedimento civile dopo un procedimento penale per lo stesso fatto.

La sentenza della **Sez. 5, n. 34219/2019, Condello**, è una delle più recenti sul tema.

In essa la Corte di Cassazione, a partire dalla decisione della Corte EDU, 15 novembre 2016, *A e B contro Norvegia*, ricorda che «secondo la Corte EDU, la disposizione convenzionale non esclude lo svolgimento parallelo di due procedimenti, purché essi appaiano connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta e purché esistano meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e, comunque, prevedibili».

La sentenza prosegue, poi, evidenziando che l'esito interpretativo così raggiunto è stato recepito anche dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia della UE, nelle tre sentenze coeve del 20 marzo 2018 (rispettivamente in causa C-537/16, *Garlsson Real Estate SA e altri c. Consob*, nelle cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma c. Consob* e *Zecca c. Consob*, e, in causa C-524/15, *Menci*, quest'ultima relativa alla materia tributaria), secondo cui la violazione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE non si verifica a) allorché le due sanzioni perseguano scopi differenti e complementari, sempre che b) il sistema normativo garantisca una coordinazione fra i due procedimenti sì da evitare eccessivi oneri per l'interessato e c) assicuri comunque che il complessivo risultato sanzionatorio non risulti sproporzionato rispetto alla gravità della violazione, derivando tale obbligo dall'art. 52, par. 1, della Carta e dal principio di proporzionalità delle pene sancito dall'art. 49, par. 3.

Infine, evidenzia che anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 43 del 24 gennaio 2018, ha messo in rilievo che, nell'interpretazione di tale concetto, «si è

passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata».

L'importante conseguenza di tale evoluzione è che non si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale abbia carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata.

In termini pratici, secondo tale interpretazione, a fronte di una prima sanzione di modesta entità, sarebbe del tutto ammissibile l'instaurazione del secondo procedimento per lo stesso fatto, in presenza di quegli elementi che rivelino l'unicità di risposta sanzionatoria, ad iniziare dal criterio temporale.

Dopo avere, quindi, solo accennato alla sentenza della Corte EDU *Bjarni Armannsson c. Islanda* del 16 aprile 2019 - che ha fornito ulteriori criteri per valutare il criterio della connessione tra i due procedimenti, in particolare non solo con riferimento alla tempistica degli stessi, ma anche alla modalità di formazione ed acquisizione della prova in ciascuno di essi - la decisione citata passa, quindi, all'esame della situazione concreta alla luce di tali principi.

L'analisi di questa sentenza offre, inoltre, lo spunto per ricordare la dimensione anche euro-unitaria del principio del *ne bis in idem*.

Esso, infatti, non è proprio solo del sistema convenzionale, ma, già appartenendo da sempre al sistema dell'Unione, è stato in esso consacrato con l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, già ricordato in apertura.

Come è stato messo in luce dalla dottrina (NASCIMBENE, *Ne bis in idem*, diritto internazionale e diritto europeo, in *Dir. Pen. Cont.*, maggio 2018), vi sono alcune differenze nella declinazione del principio tra i due sistemi: l'art. 50 CDFUE rappresenta la forma più evoluta di protezione poiché la tutela disposta vale sia nell'ordinamento nazionale di ogni Stato membro, sia nei rapporti fra gli ordinamenti nazionali, diversamente dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, che si applica solo all'interno della giurisdizione di uno Stato membro. Nell'ambito del diritto dell'Unione, l'applicazione del principio corrisponde all'*acquis* comunitario, e precisamente alla Convenzione Applicativa dell'Accordo di Schengen CAAS (artt. 54-58), alla sentenza della Corte di Giustizia *Göçütok e Brügger*, alle norme contenute in altre convenzioni comunitarie (art. 7 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, art. 10 della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione).

Altra differenza nella configurazione del principio nei due sistemi è, poi, l'ambito materiale. L'art. 51, par. 1, prevede, infatti, che la Carta si applica a istituzioni, organi e organismi dell'Unione e agli Stati «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». La Corte, peraltro, come messo in luce sempre dalla stessa dottrina, “nella sentenza *Åkerberg Fransson* ha fornito un'interpretazione estensiva dell'obbligo del giudice di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, compresa la Carta».

Per quanto riguarda l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, comunque, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU, e quindi dal Protocollo n. 7, in conformità alla clausola orizzontale di salvaguardia contenuta nell'art. 52, par. 3. Anche la Corte di Lussemburgo aderisce, quindi, alla teoria sulla natura delle sanzioni, elaborata dalla Corte EDU, basata sui c.d. “principi Engel”, (si veda, tra le altre, la sentenza *Bonda*, caso C-489/10) e nella sopra menzionata sentenza *Garlsson Real Estate*, determinata da un rinvio pregiudiziale ad opera sempre della sezione tributaria della Corte di Cassazione, ha affermato che *«l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva.»*

In questo modo ha dimostrato di accedere alla visione “sostanzialista” emersa poi in maniera più chiara nelle sentenze della Corte EDU, seppure vi sia una lieve differenza nell'interpretazione che le due Corti offrono per valutare la ricorrenza o meno del divieto, ponendo la Corte di Lussemburgo più l'accento sul concetto di “proporzionalità” della risposta sanzionatoria, e concentrandosi la Corte di Strasburgo sui sopra ricordati elementi quali la vicinanza temporale dei due procedimenti.

Questi principi sono stati già recepiti dalla Corte di cassazione, che, quanto al primo ambito, nella sentenza della Sez. 5, n. 27564/2018, Chindemi, Rv. 651068-02 che ha chiuso, al momento, la vicenda “Garlsson” - nella quale la stessa sezione aveva sia sollevato questione di legittimità costituzionale che effettuato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia -, e ha rimesso gli atti al giudice di merito per verificare se «la pena detentiva applicata (gg. 80 di reclusione) con il cumulo della sanzione amministrativa irrogata (5 milioni di euro) eccedano “quanto strettamente necessario” per conseguire l'obiettivo di interesse generale costituito dalla tutela della integrità dei mercati finanziari dell'Unione e della fiducia del

pubblico negli strumenti finanziari».

Quanto all'analisi del principio che si basa sulla connessione temporale tra i due procedimenti, la Corte di cassazione, oltre che con la sentenza n. 34219/2019 sopra citata, ne ha fatto ulteriore concreta applicazione con la decisione della **Sez. 5, n. 33050/2019, D'Orazio**, escludendo la violazione del divieto di *bis in idem* in un caso in cui gli elementi di fatto indicavano una stretta connessione tra la risposta sanzionatoria penale e quella formalmente amministrativa-tributaria.

L'esame di questa sentenza conduce all'analisi di uno degli approdi più recenti della Corte EDU in materia, costituente un ulteriore sviluppo del concetto di "unitarietà della risposta sanzionatoria".

Si tratta della sentenza *Bjarni Armannsson contro Islanda*, del 16.4.2019, citata anche nella decisione n. 34219 del 2019.

In essa, per la valutazione dell'unicità della risposta sanzionatoria, si pongono in rilievo elementi quali la tempistica dei due procedimenti e le modalità di raccolta e valutazione delle prove.

Se questi elementi rivelano una sostanziale coincidenza tra i due procedimenti, si può ritenere che la risposta punitiva sia unica; in caso contrario, si può incorrere nella violazione del divieto di *ne bis in idem*.

In particolare, nel caso di specie, la Corte EDU individua alcuni elementi chiave per giungere alla conclusione nel senso che vi è stata violazione dell'art. 4 del protocollo 7. Questi possono individuarsi nei seguenti:

a. lo svolgimento del procedimento "amministrativo" (sostanzialmente penale) e di quello formalmente penale in due momenti temporali diversi, senza coincidenza degli stessi;

b. il fatto che le prove siano state autonomamente raccolte e valutate in ciascuno dei due procedimenti, con conseguente assenza di unitarietà di raccolta e valutazione della prova stessa;

c. il fatto che nel procedimento penale non sia emerso in maniera chiara, per mancanza di motivazione specifica, se ed in che misura l'applicazione della sanzione amministrativa abbia inciso sulla determinazione dell'ammontare della sanzione pecuniaria penale; in altri termini, le due sanzioni pecuniarie sono apparse slegate tra loro, rafforzando l'idea di una applicazione indipendente ed autonoma in ciascun procedimento, lasciando intendere che ciò crea problemi anche sotto il profilo della proporzionalità della risposta sanzionatoria.

Sotto il primo profilo, la Corte evidenzia che l'arco temporale dell'intera vicenda processuale (amministrativa e penale) è stato di quattro anni e dieci mesi: ebbene, in tutto questo periodo, i due procedimenti si sono svolti in parallelo solo per cinque mesi, da marzo ad agosto 2012. Dopo la chiusura definitiva del procedimento amministrativo, quello penale è proseguito ancora per un anno e

cinque mesi.

Inoltre, sul piano penale l'indagine è stata svolta in maniera autonoma ed indipendente da quella amministrativa, non vi è stato trasferimento delle prove da un livello all'altro, tanto che anche la sanzione pecuniaria penale non ha dato conto dell'incidenza di quella amministrativa già applicata.

La sopra citata sentenza della Cassazione n. 33050 del 2019 appare attenta anche a questi aspetti, evidenziando la stretta vicinanza temporale tra la risposta penalistica e quella tributaria contro la violazione in questione.

Va, infine, nuovamente menzionata Sez 2, n. 31633/2018, Cosentino, in materia di sanzioni per violazioni di leggi finanziarie, che rappresenta la conclusione della vicenda "Zecca" su cui si era espressa la Corte di Giustizia, proprio da essa sollecitata, evidenzia un ulteriore profilo, e cioè come, ai fini della valutazione del *ne bis in idem*, diverso sia il problema a seconda che la sentenza penale sia stata di assoluzione o di condanna. Se è intervenuta sentenza di assoluzione definitiva, in particolare, è più difficile ammettere la pendenza di un procedimento ai fini dell'applicazione di una sanzione amministrativa per gli stessi fatti, facendo applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE e del principio di proporzionalità.

Afferma, infatti, la sentenza che «la Corte di giustizia, come già esposto nel paragrafo 12 che precede, ha quindi giudicato non proporzionata, in quanto eccedente rispetto all'obiettivo di proteggere l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, la prosecuzione di un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nel caso in cui una sentenza penale definitiva di assoluzione abbia giudicato non provati i fatti perseguiti sia in sede penale che in sede amministrativa (sent. C-596/16 e C597/16, Di Puma e Zecca, § 44). La stessa Corte, per contro, ha ritenuto che la prosecuzione del procedimento sanzionatorio amministrativo per i medesimi fatti che abbiano formato oggetto di una sentenza penale di condanna non sia preclusa sempre e necessariamente e, in relazione a tale ipotesi, ha affermato che è possibile derogare al divieto di *ne bis in idem* quando la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali con procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale sia prevista dalla legge (sent. *Garlsson Real Estate* § 44), le sanzioni che si cumulano perseguano scopi complementari, riguardanti, eventualmente, aspetti diversi del medesimo comportamento illecito interessato (sent. *Garlsson Real Estate* § 46, sent. *Menci* § 44) e, sotto altro aspetto, sussistano norme che assicurino un coordinamento volto a ridurre allo stretto necessario l'onere supplementare che un simile cumulo comporta per gli interessati (sent. *Garlsson Real Estate* § 55, sent. *Menci* §§ 53 e 55)».

Sulla base di queste considerazioni, rilevato che nel caso di specie il

procedimento penale si era concluso con una sentenza definitiva di assoluzione, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso in sede civile, in cui si discuteva dell'applicazione delle sanzioni amministrative.

3. Le più recenti pronunce di legittimità in materia penale.

Sul versante delle pronunce di legittimità che hanno interessato la materia penale, di particolare rilevanza appare **Sez. 5, n. 39999 del 15/04/2019, Respigo, Rv. 276963-04**, che ha affrontato *ex professo* la questione della violazione del principio del *ne bis in idem* che regola i rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo “sostanzialmente penale” nell’ordinamento interno, alla luce dei criteri indicati dalla giurisprudenza delle Corti europee per stabilire se una fattispecie si iscriva all’interno dell’alveo della *materia penale* di accezione eurounitaria.

La decisione è così massimata:

«In tema di abuso di informazioni privilegiate, nel caso in cui siano state già definitivamente inflitte le sanzioni amministrative previste dall’art. 187-bis del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in modo tale da assorbire completamente il disvalore della condotta, risultando coperti aspetti rilevanti sia a fini penali che amministrativi, e pienamente tutelato l’interesse protetto dell’integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, il giudice di merito o quello di legittimità - ricorrendo le condizioni previste dall’art. 620, comma 1, lett. l) cod. proc. pen. - può disapplicare integralmente la sanzione penale, atteso che, in tal caso, il cumulo delle sanzioni risulterebbe radicalmente sproporzionato e contrario ai principi sanciti dagli artt. 50 CDFUE e 4 Pro. n. 7 CEDU, come interpretati dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nelle sentenze Grande Sezione, Menci (C-524/15); Garlsson Real Estate SA e altri contro Consob (C-537/16); Di Puma contro Consob e Consob contra Zecca (C-596/16 e C-597/16) e dalla Corte EDU nella sentenza GC, A e B contro Norvegia del 2016. (In motivazione, la Corte ha precisato che il giudice, nella valutazione complessiva dell’afflittività del carico risultante dalla combinazione delle discipline sanzionatorie, tenendo conto delle sanzioni principali e accessorie e della confisca, ha il dovere di spingersi oltre la verifica meramente quantitativa o legata alle ragioni di tutela dell’interesse protetto, valorizzando anche le esigenze di garanzia individuale)».

Il caso di specie affrontato dalla Corte riguardava un soggetto sottoposto, secondo scansioni pressoché coeve, a procedimento penale ed a procedimento amministrativo relativo all’irrogazione di sanzioni Consob; quest’ultimo era stato definito con sentenza della Suprema Corte di rigetto del ricorso proposto (Cass. civ., sez. 2, n. 26344/2017, Rv. 645961-01), che aveva reso definitiva la sanzione disposta con delibera Consob n. 18070 del 2.1.2012; di qui la questione relativa alla

violazione o meno del principio del *ne bis in idem* convenzionale (cfr., sul punto, sempre in materia penale, anche **Sez. 3, n. 5934 del 12/09/2018, dep. 2019, Giannino, Rv. 275833**; Sez. 3, n. 19334 del 11/02/2015, Andreatta, Rv. 264809; Sez. 3, n. 48591 del 26/04/2016, Pellicani, Rv. 268493).

In tale prospettiva, la decisione in commento muove da una puntuale ed analitica ricostruzione dei fondamentali approdi ermeneutici della giurisprudenza sovranazionale, non trascurando, peraltro, di riservare adeguato spazio ad un'opportuna ricognizione dei più recenti arresti decisorii della giurisprudenza interna di legittimità sul tema, intervenuta in materia di abusi di mercato successivamente alla sentenza *A e B contro Norvegia* della Corte EDU ed all'affermazione della nota regola interpretativa della *sufficiently close connection in substance and time*, abbinata ad una verifica della natura integrata della sanzione ed alla sua proporzionalità rispetto al disvalore del fatto.

Il percorso evolutivo del principio in esame è ampiamente noto e non necessita di superfetazioni argomentative. Basterà ricordare che la questione nasce essenzialmente dalla sfasatura tra la nozione formalistica di “materia penale” utilizzata nel nostro ordinamento e la nozione sostanzialistica fatta propria dalla Corte EDU, attestata sui celebri criteri *Engels* della natura dell'illecito e del grado di afflittività della sanzione. Le più recenti e significative sentenze delle Corti europee, fra cui campeggiano la decisione della corte di Giustizia dell'Unione Europea del 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10, Åkerberg Fransson, e quella della Corte EDU del 4 marzo 2014, nella causa Grande Stevens c. Italia, forniscono un'interpretazione del *ne bis in idem* tale da proiettare il principio verso una notevole espansione della sua sfera di garanzia, sino a leggerci una preclusione non solo alla inflizione di una doppia sanzione, ma anche alla stessa instaurazione di un doppio giudizio. E' altrettanto noto come il panorama interpretativo sia stato fortemente inciso dalla pronuncia del 15 novembre 2016, nella causa *A e B c. Norvegia*, con cui la Corte EDU ha introdotto l'inedito criterio della *sufficiently close connection in substance and in time*, escludendo la violazione del *ne bis in idem* allorquando i diversi procedimenti siano avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, individuando il primo profilo nel perseguimento di finalità complementari da parte dei distinti procedimenti, nella prevedibilità della duplicazione degli stessi, nel grado di coordinamento probatorio fra essi e nella circostanza che, nel commisurare la seconda sanzione, possa tenersi conto della sanzione irrogata per prima, in modo da evitare un eccessivo carico sanzionatorio per il medesimo fatto (nella giurisprudenza di legittimità, negli stessi termini, cfr., da ultimo, **Sez. 3, n. 22033 del 07/02/2019, Palma, Rv. 276023-01**).

La portata, senza dubbio innovativa, di tale decisione è stata ben scolpita, del resto, dalla parole della Corte costituzionale, nel senso che «il *ne bis in idem*

convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento proprio della discrezionalità giudiziaria in ordine al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una “*close connection*” è permesso proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell'altro. Inoltre, neppure si può continuare a sostenere che il divieto di *bis in idem* convenzionale ha carattere esclusivamente processuale, giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata» (C. cost., sent. n. 43 del 2018).

Il medesimo criterio, come già sopra annotato, è stato adottato anche dalla Corte di Giustizia UE con le sentenze Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate SA ed altri contro Consob (C-537/16) e Di Puma contro Consob e Consob contro Zecca (cause riunite C- 596/16 e C-597/16).

Il percorso ermeneutico seguito dalla Suprema Corte con la sentenza Respigo si muove, dunque, entro le descritte coordinate ed altresì – in modo, per così dire, programmatico - nel solco tracciato dalle precedenti pronunce della stessa Quinta sezione penale, fatte oggetto di ampi e puntuali richiami: sono, in particolare, la n. 49869 del 21/09/2018, Chiarion, Rv. 274604-01, in tema di abuso di informazioni privilegiate *ex art.* 184, comma 1, lett. b), TUF (si tratta della vicenda da cui era germinata la questione di legittimità costituzionale dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza n. 102 del 2016); la n. 45829 del 16/07/2018, Franconi, Rv. 274179-02/03, riferita ad un'ipotesi di aggrigotaggio manipolativo prevista dall'art. 185 TUF; infine, la **n. 5679 del 09/11/2018, dep. 2019, Erbetta, Rv. 275314-01**, che ha affrontato l'ipotesi di patteggiamento per una fattispecie di manipolazione del mercato sanzionata sia penalmente, ai sensi dell'art. 185 TUF, sia, in seguito a procedimento CONSOB, ai sensi dell'art. 187-ter TUF.

Il comune denominatore delle tre decisioni citate ben si può cogliere nella condivisione delle coordinate decisorie tracciate dalla Grande Chambre nella sentenza *A e B contro Norvegia* del 2016 e dalla Corte di Giustizia UE nelle sentenze del marzo 2018, in particolare le pronunce *Menci* e *Garlsson Real Estate*.

Affermata, sotto il profilo prettamente procedimentale della *sufficiently close connection*, la compatibilità tra i distinti percorsi sfociati nell'applicazione di una sanzione amministrativa “sostanzialmente penale” e nell'irrogazione della pena in relazione alle fattispecie anche formalmente penalistiche, sulle quali vertevano i ricorsi, i profili di maggiore interesse del citato tritico decisorio, fatti oggetto di puntuale richiamo da parte della sentenza n. 39999/19 della Quinta sezione, riguardano l'accertamento della proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata.

In sintesi, è opportuno ricordare che la sentenza Franconi ha affermato il

principio secondo cui «l'irrogazione per il medesimo fatto sia di una sanzione penale che di una sanzione amministrativa definitiva - ai sensi degli artt. 185 e 187-ter, d.lgs. 24 febbraio 1998, n.58 - non determina la violazione del principio del ne bis in idem, a condizione che il cumulo delle sanzioni risulti proporzionale alla gravità del fatto commesso, in conformità ai principi di cui agli artt. 49, 50 e 52 CDFUE, nonché 4 Prot. n. 7 CEDU, così come interpretati dalle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-524/15, Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate, nonché dalla sentenza della Corte EDU del 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia».

In tale contesto ricostruttivo, la sentenza Franconi non ha mancato di valorizzare, altresì, il novellato art. 620, lett. l), cod. proc. pen., per stabilire che la Corte di cassazione «può valutare direttamente e senza disporre annullamento con rinvio la proporzionalità del cumulo sanzionatorio derivante dall'irrogazione della sanzione penale e di quella amministrativa definitiva, a condizione che non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti di fatto», a tal fine facendo riferimento ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.

L'applicazione di tali criteri al caso di specie ha condotto la sentenza n. 45829/2018 a ritenere rispettato il criterio di proporzionalità del cumulo delle sanzioni inflitte agli interessati rispetto alla gravità dei fatti addebitati, considerando che le sanzioni penali si erano attestate nel minimo edittale e che quelle amministrative pecuniarie, nonché quelle accessorie applicate dalla CONSOB, pur essendo superiori al minimo, apparivano distanti dai limiti più elevati previsti rispettivamente dall'art. 187-ter e dall'art. 187-quater, tenuto altresì conto del criterio compensativo previsto dall'art. 187-terdecies TUF.

La sentenza Erbetta, seguendo la medesima linea interpretativa, ha puntualizzato che, in tema di manipolazione di mercato e di impatto degli artt. 50 della Carta di Nizza e 4 Prot. n. 7 CEDU, nella lettura offerta dalle Corti europee, sul doppio binario sanzionatorio previsto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, nel caso di patteggiamento richiesto prima dell'entrata in vigore della legge 23 giugno 2017, n. 103, la Corte di cassazione può censurare il mancato proscioglimento dell'imputato per *bis in idem ex* art. 129 cod. proc. pen. soltanto nell'ipotesi eccezionale in cui la sanzione amministrativa già inflitta ai sensi dell'art. 187-ter del citato decreto sia commisurata in maniera tale da assorbire il disvalore della condotta, sia negli aspetti rilevanti a fini penali che in quelli posti a fondamento della complementare sanzione amministrativa, sicché il cumulo delle sanzioni risulti radicalmente sproporzionato (nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso dell'imputato che aveva riportato sanzioni prossime ai minimi edittali in ciascuno dei due procedimenti, ritenute proporzionate alla complessiva gravità del fatto scrutinata dal giudice del patteggiamento secondo i criteri di cui all'art. 133 cod.

pen.).

La sentenza Chiarion, infine, si segnala per l'affermazione che, «nel caso di sanzione irrevocabile irrogata dalla Consob, la verifica del giudice penale circa la sua legittimità rispetto all'osservanza del principio del *ne bis in idem*, con riguardo quindi alla proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio irrogato, consente esclusivamente la disapplicazione *in mitius* del minimo edittale della reclusione previsto dalla norma penale, con esclusione della multa in ragione del meccanismo "compensativo" di cui all'art. 187-*terdecies* TUF», con la precisazione che la predetta deroga dal minimo edittale della pena della reclusione trova in ogni caso il limite insuperabile della sanzione minima di cui all'art. 23 cod. pen.

Più specificamente, il perno essenziale della costruzione decisoria gravita tutto sull'affermazione che la disapplicazione della norma relativa alla sanzione non ancora divenuta irrevocabile potrà essere totale soltanto quando la sanzione definitiva irrogata per prima sia di per sé sola proporzionata al complessivo disvalore del fatto: eventualità che è certamente ravvisabile in modo più agevole laddove la sanzione già divenuta irrevocabile sia quella penale e la valutazione circa il rispetto o meno del principio del *ne bis in idem* riguardi la sanzione amministrativa (si tratta, ad esempio, dell'ipotesi considerata dalla sentenza *Garlsson Real Estate*). Diversamente, come la stessa sentenza Chiarion avverte, una disapplicazione totale appare di assai più ardua configurabilità - alla luce della evidenziata estraneità della sanzione irrogata dall'autorità amministrativa rispetto al nucleo essenziale dell'apparato sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale - qualora la "prima" sanzione divenuta irrevocabile sia quella formalmente amministrativa irrogata dalla Consob: in tale ipotesi, invero, la disapplicazione *in toto* della sanzione penale potrebbe, al più, affermarsi in ipotesi del tutto eccezionali, in cui la sanzione speculare formalmente amministrativa - evidentemente calibrata sui massimi edittali in rapporto ad un fatto di consistente gravità - corrisponda, di per sé sola, al criterio della proporzionalità rispetto alle diverse componenti proprie dei due illeciti.

In ogni caso, dunque, a parte l'ipotesi marginale da ultimo richiamata, l'accertata sproporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* deve comportare, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, una rimodulazione *in mitius* della sanzione penale, con il limite, quanto alla reclusione, posto dall'art. 23 cod. pen. e, quanto alla multa, derivante dal meccanismo "compensativo" di cui all'art. 187-*terdecies* TUF. Rimodulazione che, sempre secondo la sentenza Chiarion (al pari di altre pronunce, fra le quali Sez. 5, n. 45829 del 16/07/2018, F., Rv. 274179-03), può essere effettuata anche in sede di legittimità, sulla base degli elementi di fatto già accertati (cfr., sul punto, anche il *dictum* di Sez. U, n. 3464 del 30/11/2017, dep.

2018, Matrone, Rv. 271831, con riferimento all'interpretazione dell'art. 620, comma 1, lett. l, cod. proc. pen.): soluzione, peraltro, ritenuta non praticabile nella specie, coinvolgendo profili valutabili in sede di merito.

E' in tale ampia cornice ermeneutica, dunque, che si inserisce coerentemente anche la sentenza Respigo.

Il Collegio afferma esplicitamente di condividere l'impostazione adottata dalle tre precedenti sentenze della stessa Quinta sezione, ed in particolare dalla pronuncia Chiarion, anche in tema di *insider trading*, fattispecie penale prevista dall'art. 184 TUF cui fa riscontro l'illecito amministrativo contemplato dall'art. 187-*bis* cod. pen. (oggi riformulato dal d. lgs. n. 107 del 2018).

La decisione n. 39999/2019, pertanto, muove da un giudizio positivo circa «la compatibilità convenzionale delle procedure parallele di doppio binario» rispetto all'ipotesi di *insider trading*, posto che i procedimenti penale ed amministrativo, oltre ad avere ad oggetto addebiti del tutto omogenei nella loro materialità, risultavano, altresì, collegati secondo il criterio della *sufficiently close connection in substance and time*.

Sul versante, poi, della valutazione di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio a fronte del disvalore dei fatti commessi, la Corte ribadisce «il principio secondo cui, anche in tema di *insider trading* e *ne bis in idem*, la disapplicazione della disciplina penale potrà avere luogo soltanto nell'ipotesi in cui la sanzione amministrativa già inflitta in via definitiva sia strutturata in maniera e misura tali da assorbire completamente il disvalore della condotta (“coprendo” sia aspetti rilevanti a fini penali che a fini amministrativi e, in particolare, offrendo tutela complessivamente e pienamente adeguata e soddisfacente all'interesse protetto dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari), poiché in tal caso il cumulo delle sanzioni risulta radicalmente sproporzionato e contrario ai principi sanciti dagli artt. 50 CDFUE e 4 Prot. n. 7 CEDU, come interpretati dalle Corti europee [Corte EDU, G.C., A e B contro Norvegia del 2016 e CGUE, Grande Sezione, Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate SA e altri contro Consob (C-537/16) e Di Puma contro Consob e Consob contro Zecca (cause riunite C- 596/16 e C-597/16)]».

In tale prospettiva, la Corte sottolinea che la disapplicazione della norma che commina la sanzione penale, qualora la sanzione amministrativa già inflitta esaurisca il bisogno di punizione, è ipotesi rara ma non paradossale, soprattutto in un settore, come quello degli abusi di mercato, in cui alla sanzione penale fanno eco sanzioni amministrative di notevole severità; particolarmente significativo, in tale contesto, è il passaggio argomentativo volto ad evidenziare che la necessità di bilanciamento fra istanze di tutela dell'integrità dei mercati ed il rispetto delle garanzie individuali non deve trovare ostacolo né nel principio di obbligatorietà dell'azione penale, né in quello di legalità sulle cui basi si fonda la teoria dell'illecito

penale nel nostro ordinamento: a tal fine, il Collegio di legittimità opera un plastico richiamo all'ordinanza n. 48 del 2017 della Corte costituzionale, che ha ribadito il dovere, imposto al giudice nazionale dall'art. 11 della Costituzione, di dare piena ed immediata applicazione alle norme dell'Unione europea dotate di efficacia diretta e non applicare le norme interne ritenute con esse inconciliabili.

Del tutto coerente con tali premesse è, poi, il fatto che i giudici di legittimità, nell'affrontare il compito di declinare le concrete modalità di attuazione del principio, sottolineino l'importanza di apprezzare la proporzionalità della sanzione pecuniaria tenendo conto del meccanismo "compensativo" previsto dall'art. 187-*terdecies* TUF, secondo cui, quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'art. 187-*septies*, l'esecuzione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendente da reato è limitata alla parte eccedente quanto già riscosso dall'autorità amministrativa. Altro criterio convergente, debitamente posto in evidenza dalla Corte, è quello ispirato alla necessità che la verifica complessiva dell'entità del trattamento sanzionatorio sia allargata anche alla confisca *ex* art. 187 TUF ed alle pene accessorie.

Degna di particolare notazione, fra tutte, è, comunque, l'indicazione – in sé non nuova, ma certamente qui sviluppata in maniera autonoma - di utilizzare i parametri normativi previsti dall'art. 133 cod. pen., allargandone la portata, in modo da consentire il bilanciamento fra il disvalore del fatto, comprensivo degli aspetti penali e amministrativi, e l'afflittività globale della sanzione integrata, tenendo conto non solo della pena principale, ma anche delle pene accessorie e della confisca.

Sviluppando coerentemente tali coordinate esegetiche, la Corte è pervenuta, nel caso sottoposto a giudizio, ad annullare con rinvio la sentenza impugnata limitatamente al trattamento sanzionatorio, demandando al giudice di merito di accertare, sulla base dei criteri e dei principi enunciati, se la sanzione amministrativa irrogata esaurisca il disvalore del fatto, eventualmente disapplicando o rimodulando la sanzione penale; in particolare, ai giudici di appello è stato prescritto di scrutinare sia l'incidenza del fatto sulla fiducia degli investitori nel mercato e l'impatto sul buon funzionamento di questo, sia il rilievo di tutti gli elementi soggettivi e oggettivi che influiscono sul rapporto tra sanzione e disvalore del fatto, fra cui il comportamento collaborativo dell'imputato e l'episodicità della sua condotta.

Da notare è, altresì, il richiamo alla necessità di tener conto delle conseguenze della sentenza della Corte costituzionale n. 112 del 2019 (adottata il 6 marzo 2019 e depositata il 10 maggio 2019, nelle more della stesura della motivazione della sentenza Respigo) sulla confisca amministrativa già passata in giudicato, nel senso

di determinare l'eliminazione della quota sanzionatoria riferita al prodotto dell'illecito, lasciando la quota di confisca riferita al solo profitto (vale a dire - puntualizza la Corte - il guadagno effettivo al netto, calcolato dalla vendita delle azioni di ciascuna società, successiva al loro acquisto indebito tramite abuso in informazioni privilegiate).

E' noto, infatti, che il TUF prevede due diverse forme di confisca, a seconda che il medesimo fatto di *insider trading* integri gli estremi di un reato ovvero di un illecito amministrativo: la confisca penale (art. 187) riguarda il prodotto o il profitto del reato e i beni utilizzati per commetterlo; la confisca amministrativa (art. 187-*sexies*), modificata a seguito del d.lgs. n. 107 del 2018, che ha eliminato il riferimento ai beni utilizzati, è stata interessata dalla citata sentenza n. 112 del 2019 della Corte costituzionale, i cui effetti si sostanziano nell'escludere l'estensione del meccanismo ablativo al prodotto dell'illecito, residuando quindi la confiscabilità in via amministrativa del solo profitto. La Corte costituzionale, invero, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998, nel testo originariamente introdotto dall'art. 9, comma 2, lettera a), della legge 18 aprile 2005, n. 62, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo, e non del solo profitto; ha dichiarato, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* del medesimo decreto legislativo, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 4, comma 14, del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 107, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto.

Così tratteggiati i connotati essenziali della decisione che, forse più di altre, è dotata di un ampio e solido corredo interpretativo in un'ottica "integrata" e di sistema, v'è da aggiungere che il panorama giurisprudenziale di legittimità del 2019, sul versante penale, pone in debita evidenza ulteriori pronunce.

In particolare, **Sez. 3, n. 5934 del 12/09/2018, dep. 2019, Giannino, Rv. 275833 – 04** si inserisce nell'illustrato filone interpretativo, adottando i medesimi registri decisorii esaminati per affermare che «non sussiste la violazione del *ne bis in idem* convenzionale nel caso della irrogazione, per il medesimo fatto per il quale vi sia stata condanna a sanzione penale definitiva, di una sanzione formalmente amministrativa, della quale venga riconosciuta la natura sostanzialmente penale, ai sensi dell'art. 4, Protocollo n. 7, CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nelle cause Grande Stevens e altri contro Italia del 4 marzo 2014 e Nykanen contro Finlandia del 20 maggio 2014, quando tra il procedimento amministrativo e quello penale sussista una connessione sostanziale e temporale efficientemente stretta, tale che le due sanzioni siano parte di un unico sistema

sanzionatorio, secondo il criterio dettato dalla suddetta Corte nella decisione A. e B. contro Norvegia del 15 novembre 2016».

Nella specie, la Corte, dopo avere superato, escludendone la fondatezza, la distinta - seppur connessa - questione della invocata specialità dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 27, comma 18, del d.l. n. 185 del 2008, convertito dalla legge n. 2 del 2009, rispetto al delitto di indebita compensazione di cui all'art. 10-*quater* del d.lgs. n. 74 del 2000, che prevede la soglia di punibilità di 50.000 euro, non prevista dalla fattispecie amministrativa (ciò in quanto la fattispecie penale ha riguardo alla condotta, diversa e ulteriore, consistente nell'omesso versamento dell'imposta dovuta: cfr. anche Sez. 3, n. 30267 del 08/05/2014, Acerbis, Rv. 260260), non ha ravvisato la violazione del suddetto divieto di *bis in idem* in quanto la sanzione amministrativa non era ancora irrevocabile al momento della decisione di secondo grado del procedimento penale per reati tributari relativi ai medesimi fatti. Né appariva decisiva, secondo la Corte, la circostanza che, nelle more del giudizio di legittimità, il provvedimento sanzionatorio amministrativo fosse divenuto irrevocabile, «posto che, a prescindere da ogni approfondimento circa la natura sostanzialmente penale della sanzione irrogata, rimane il dato che l'avvio del presente procedimento penale è avvenuto in epoca prossima all'inizio del procedimento amministrativo», dovendosi, quindi, ribadire la sussistenza di una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta fra i due procedimenti.

Una puntuale applicazione dei principi illustrati è stata operata da **Sez. 5, n. 28346 del 12/04/2019, Caroli, Rv. 276644 – 01**, secondo cui la violazione del *ne bis in idem* tributario, in sede di revisione *ex* art. 630 cod. proc. pen. (invocata dal ricorrente in forza della sentenza della Corte Costituzionale n. 113 del 2011 ed in relazione alla decisione della Corte EDU, Grande Stevens contro Italia, per essere stato già assoggettato a sanzioni tributarie, aventi natura penale, con conseguente preclusione all'applicazione della pena per il corrispondente reato) non può essere dedotta in assenza degli elementi identificativi, anche temporali, degli illeciti, dei relativi procedimenti e delle sanzioni comminate, che consentano di valutare la insussistenza di una connessione sostanziale o temporale sufficientemente stretta da far ritenere le sanzioni comminate parte di un unico sistema.

Peculiari declinazioni dei principi in tema di *ne bis in idem* convenzionale provengono, infine, da ulteriori decisioni. **Sez. 5, n. 38717 del 06/06/2019, Bresciani, Rv. 277115 - 01** ha affermato che, in materia di furto di energia elettrica, le sanzioni previste dall'art. 59 d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, hanno natura amministrativa ed assolvono ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso, da individuare nella sottrazione del consumo all'imposta, e non hanno finalità punitive, in quanto producono effetti sul soggetto obbligato

all'adempimento fiscale, indipendentemente dall'essere o meno quest'ultimo l'autore dell'abusivo prelievo. La conseguenza tratta dalla Corte è, dunque, che l'irrogazione di tali sanzioni non comporta la violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale. Seguendo un'affine linea argomentativa Sez. 3, n. 51044 del 03/10/2018, M. Rv. 274128 – 01, ha affermato che, in materia di reati concernenti violazioni edilizie, l'imposizione dell'ordine di demolizione di un manufatto abusivo, anche se disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 31, comma 9, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura di sanzione amministrativa che assolve ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso e non ha finalità punitive, producendo effetti sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso; ne consegue che lo stesso non determina alcuna violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale, come interpretato dalla più volte richiamata sentenza della Corte EDU nella causa Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014.

Una complessiva valutazione degli orientamenti interpretativi sottesi alle decisioni in esame porta a riconoscere come, almeno tendenzialmente, la giurisprudenza penale di legittimità tenda ad escludere, sia pure entro i limiti di generalizzazione correlati alla natura casistica dell'accertamento, la sussistenza di ostacoli strutturali e di criticità di sistema che possano ostacolare la compatibilità del “doppio binario” procedimentale previsto dall'ordinamento interno, con i principi convenzionali; il tutto innestato su moduli accertativi per quanto possibile duttili e scevri da schematismi in guisa da consentire il reale e concreto bilanciamento fra il disvalore complessivo del fatto, comprensivo dei profili penali ed amministrativi, e la globale carica di afflittività della sanzione integrata, valutata in tutte le sue articolazioni.

Si tratta di una linea di tendenza che, in prospettiva evolutiva, potrà senza dubbio essere valorizzata anche alla luce delle indicazioni che provengono dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale.

Con la recente sentenza n. 222 del 18 giugno 2019 (in G.U. 30 ottobre 2019, n. 44), la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Conv. EDU e all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali UE, dell'art. 649 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di un imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU e dei relativi Protocolli.

Nella specie, il giudice rimettente, chiamato a giudicare in ordine ad

un'imputazione di omesso versamento dell'Iva *ex art. 10-ter* del d.lgs. n. 74 del 2000, a fronte di una condotta, già definitivamente sanzionata in via amministrativa *ex art. 13*, comma 1, del d.lgs. n. 471 del 1997, aveva dedotto la contrarietà dell'art. 649 cod. proc. pen. al divieto di *bis in idem*, inteso nei termini sopra illustrati, «*non potendosi- in particolare- applicare nella specie l'art. 649 cod. proc. pen., il cui tenore letterale sarebbe inequivoco nell'ancorare la pronuncia di una sentenza di non doversi procedere a una previa sentenza irrevocabile sullo stesso fatto, pronunciata da altro giudice penale*».

La pronuncia di inammissibilità resa dalla Corte costituzionale, motivata in ragione della mancanza di adeguata indicazione delle ragioni per le quali non sarebbero soddisfatte, nella specie, le condizioni di ammissibilità di un “doppio binario” procedimentale e sanzionatorio, nei termini indicati dalle tre sentenze gemelle della Grande sezione della Corte di giustizia UE del 20 marzo 2018 (le già citate *Garlsson Real Estate SA*, *Di Puma* e *Consob, Menci*; quest'ultima scaturita da una domanda pregiudiziale formulata dallo stesso giudice *a quo*), non ha impedito alla Corte (come già puntualmente osservato dalla Relazione di questo Ufficio n. 69/19 del 30.11.2019) di individuare essa stessa una serie di indici normativi utili ad orientare l'interprete nell'applicazione del criterio della *sufficiently close connection*, in funzione dei quali sembra tendenzialmente da escludersi che il sistema italiano del doppio binario sanzionatorio penale ed amministrativo in materia tributaria evidenzi - già in termini, per così dire, generali ed astratti -, profili di incompatibilità con il regime sovranazionale dei diritti fondamentali.

In tal senso, viene, in particolare, valorizzato il contenuto precettivo degli artt. 12-*bis*, 13, 19, 20 e 21, dello stesso d.lgs. n. 74 del 2000, nonché di altre disposizioni che prevedono obblighi di comunicazione degli illeciti tributari da parte della Guardia di finanza all'Autorità giudiziaria (art. 331 cod. proc. pen.), ovvero da parte dell'Autorità giudiziaria alla Guardia di finanza (art. 36 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) ed all'Agenzia delle entrate (art. 14, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537), in modo da assicurare una sostanziale contestualità dell'avvio dell'accertamento tributario e del procedimento penale. Parimenti, la Corte costituzionale ha rimarcato la rilevanza delle disposizioni che consentono forme di circolazione del materiale probatorio acquisito nel corso dell'indagine penale all'accertamento tributario e viceversa (cfr. gli artt. 63, comma 1, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, e 33, comma 3, d.P.R. n. 600 del 1973, nonché, specularmente, l'art. 220 disp. att. cod. proc. pen.). Si tratta di un complesso normativo di indubbia pregnanza, al quale la Corte stessa ha ritenuto di affiancare «*la giurisprudenza [sia civile che penale] relativa all'utilizzabilità del materiale istruttorio raccolto in ciascun procedimento, quale elemento di prova e fonte di convincimento da parte del giudice che istruisce l'altro procedimento*».

XVIII) I RAPPORTI TRA MISURE CAUTELARI PENALI E PROCEDURE CONCORDI CONCORRENTI SUI MEDESIMI BENI: LA SENTENZA *MANTOVA PETROLI* A META' STRADA TRA LA NOMOPOIESI GIURISPRUDENZIALE E LA NUOVA REGOLAZIONE LEGALE DEL *TRAFFICO DELLE PRECEDENZE*.

(DI RAFFAELE PICCIRILLO)

SOMMARIO: 1. La decisione delle Sezioni Unite nel caso Fallimento Mantova Petroli: una revisione del presente che recupera il passato e guarda al futuro. – 1.1. La legittimazione processuale del curatore come risolto processuale della questione sostanziale dei rapporti tra *vincolo penale* e *vincolo concorsuale* concorrenti sui medesimi beni. - 1.2. L'indifferenza delle soluzioni giurisprudenziali per i contenuti della censura sollevata dal curatore contro il sequestro. - 2. Il precedente *Focarelli*: la visione *funzionalista* dei rapporti tra sequestro/confisca e fallimento e il riconoscimento della legittimazione del curatore. - 3. Il precedente *Uniland*: il disconoscimento della legittimazione del curatore come riflesso della centralità conferita ai diritti dominicali nel sistema di tutela dei terzi. - 3.1. L'estensibilità del principio *Uniland* oltre l'ambito del sequestro "231". - 4. I primi segnali di insoddisfazione della giurisprudenza per il principio *Uniland*: il riconoscimento della legittimazione del curatore a contrastare il sequestro successivo al fallimento. - 4.1. Il riconoscimento della legittimazione del curatore a impugnare il sequestro post-fallimentare e il *principio di consecuzione delle procedure concorsuali*. - 5. Le fratture più profonde: il riconoscimento della legittimazione del curatore a impugnare anche sequestri disposti prima del fallimento. - 6. La questione rimessa alle Sezioni Unite nel 2019 e la lettura dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen. - 7. Le ragioni del cambio di rotta. - 7.1. La centralità degli artt. 322, 322-bis e 325 cod. proc. pen. e la *distinta fisionomia* dell'*avente diritto alla restituzione*. - 7.2. Il curatore fallimentare titolare di una disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata dei beni fallimentari. Conseguenze in tema di opponibilità del giudicato cautelare. 7.3. L'interesse concreto del curatore a contrastare il sequestro. - 7.3.1. Le disfunzioni superate dalla decisione *Mantova Petroli*. - 7.4. Le conclusioni delle Sezioni Unite e l'art. 320 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. - 8. La legittimazione del curatore a impugnare il sequestro di prevenzione. - 9. Il rapporto tra sequestri penali e liquidazione giudiziale nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. - 9.1. Prevalenza della liquidazione giudiziale sul sequestro conservativo. - 9.2. Prevalenza incondizionata della liquidazione giudiziale sul sequestro penale impeditivo. - 9.3. L'estensione al sequestro *ex art. 321 comma 2 cod. proc. pen.* della disciplina del Titolo IV del Libro I del Codice antimafia: le ragioni dell'intervento. - 9.3.1. L'ambito omnicomprensivo della nuova disciplina. - 9.3.2. I contenuti della disciplina: la prevalenza procedurale del sequestro a fini di confisca. - 9.3.3. La resistenza dei diritti di credito di fronte al sequestro finalizzato alla confisca: le condizioni sostanziali e la procedura di accertamento. - 10. Il nuovo significato della legittimazione del curatore fallimentare a contrastare il sequestro penale.

1. La decisione delle Sezioni Unite nel caso Fallimento Mantova Petroli: una revisione del presente che recupera il passato e guarda al futuro.

L'evento giurisprudenziale più rilevante dell'anno appena trascorso, nel settore dei rapporti tra sequestro penale a fini di confisca e procedure concorsuali, è certamente la decisione **Sez. U, n. 45936 del 26/09/2019, Fall. Mantova Petroli s.r.l. in liquidazione, Rv. 277257-01** dove le Sezioni Unite, specificamente interpellate sul punto, enunciano il principio: «Il curatore fallimentare è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale».

La rilevanza della pronuncia deriva dal fatto che essa opera un radicale cambio di rotta rispetto a quanto enunciato dal medesimo consesso esattamente cinque anni prima, nella sentenza **Sez. U, n. 11170 del 25/09/2014 - dep. 2015, Uniland**

s.p.a., Rv. 263685 che, con riferimento solo apparentemente circoscritto al sequestro disposto nei confronti dell'ente ai sensi degli artt. 19-53 del d. lgs. n. 231 del 2001, affermava: «In tema di responsabilità da reato degli enti, il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita».

Nel contempo, l'ultimo enunciato recupera, come in un esercizio di resipiscenza, un *dictum* più risalente, Sez. U, n. 29951 24/05/2004, Focarelli, Rv. 263685: «Il curatore del fallimento, nell'espletamento dei compiti di amministrazione del patrimonio fallimentare, ha facoltà di proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo, sia quella di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 cod. proc. pen., nonché di ricorrere per cassazione ai sensi dell'art. 325 stesso codice avverso le relative ordinanze emesse dal tribunale del riesame».

Infine, la decisione anticipa l'efficacia del Codice dell'insolvenza e della crisi d'impresa (d'ora in avanti "CCII"), il d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 che, a partire dal prossimo 15 agosto 2020, regolerà i rapporti tra la *liquidazione giudiziale* e le misure cautelari penali in un apposito Titolo VIII, includente la previsione dell'art. 320, ai sensi della quale «Contro il decreto di sequestro e le ordinanze in materia di sequestro il curatore può proporre richiesta di riesame e appello nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal codice di procedura penale. Nei predetti termini e modalità il curatore è legittimato a proporre ricorso per cassazione».

1.1. La legittimazione processuale del curatore come risvolto processuale della questione sostanziale dei rapporti tra *vincolo penale* e *vincolo concorsuale* concorrenti sui medesimi beni.

Non è soltanto il *revirement* operato rispetto alla presa di posizione più recente a giustificare l'interesse per la pronuncia adottata dalle Sezioni Unite nel 2019.

Riguardato diacronicamente, il tema della legittimazione del curatore è una tappa della faticosa ricerca del miglior bilanciamento tra gli interessi, parimenti pubblicistici, sottesi al procedimento penale e a quello fallimentare e, in termini ancora più generali, è un aspetto della questione della salvaguardia dei terzi che vantano un diritto sui beni oggetto dell'ablazione penale.

La più tangibile riprova di quanto detto si ricava dai precedenti del 2004 e del 2014.

In entrambi i casi il contrasto interpretativo atteneva alla definizione dei rapporti di prevalenza tra il vincolo penale e quello fallimentare, nel caso di concorrenza di entrambi sui medesimi beni. Si domandava, in buona sostanza, al massimo organo nomofilattico di stabilire se il vincolo cautelare penale dovesse essere sensibile, o invece, rimanere impermeabile alle ragioni della procedura concorsuale.

Più specificamente, la sentenza Focarelli rispondeva al quesito «se sia consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di impresa dichiarata fallita».

Il primo quesito sottoposto alle Sezioni Unite nel 2014 rifletteva la necessità di specificazione della soluzione indicata dalla decisione precedente in relazione al sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria: *«Se, per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente a norma dell'art. 19, comma secondo, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, con riferimento a beni di pertinenza della massa attiva di un fallimento, il giudice penale possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei cespiti, senza prendere in considerazione le esigenze tutelate dalla procedura concorsuale, o debba invece procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori in buona fede, e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato».*

L'altro scaturiva dall'esigenza di coordinare il sistema delle ablazioni *stricto sensu* penali con un'importante evoluzione che era nel frattempo intervenuta nel settore delle misure patrimoniali di prevenzione, l'introduzione con il Codice antimafia del 2011 di una specifica disciplina dei rapporti tra sequestro/confisca e procedure concorsuali, nella cornice di un apposito titolo, il Titolo IV, dedicato alla salvaguardia dei diritti dei terzi. Si domandava allora alla Corte *«se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o, invece, dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dei sequestri di prevenzione di cui al titolo IV del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia)».*

Le divergenti affermazioni in punto di legittimazione del curatore rispecchiavano la diversa visione del tema generale: più *pragmatica* la prospettiva Focarelli, più *ideologica* la visione sottesa alla decisione *Uniland*.

L'embricazione del tema della legittimazione processuale del curatore in quello più generale dei rapporti tra le procedure si apprezza anche guardando al repertorio delle decisioni passate in rassegna dalla Sezione remittente e dalle Sezioni Unite nel 2019 per prospettare e risolvere la questione. Alcune di esse non affrontano, in realtà, il tema della legittimazione del curatore ma quello della sensibilità o meno della confisca rilevante nel caso particolare alle ragioni della procedura fallimentare: quasi a dire che l'affermazione della permeabilità della misura cautelare penale implica quella della legittimazione del curatore ad impugnarla, e viceversa¹¹⁸.

¹¹⁸ All'indirizzo che nega la legittimazione del curatore è, per esempio, ascritta la decisione Sez. 3, n. 23907 del 1/03/2016, Taurino, Rv. 266940 che, in realtà, afferma «Il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, prevista dall'art. 322-ter cod. pen., prevale sui diritti di credito vantati sul

1.2. L'indifferenza delle soluzioni giurisprudenziali per i contenuti della censura sollevata dal curatore contro il sequestro.

Le soluzioni Focarelli e Uniland non distinguevano tra il caso nel quale il curatore prospettava l'insussistenza dei presupposti della misura cautelare penale (*fumus, periculum*, corretta qualificazione giuridica del bene aggredito) e quello nel quale, senza contestarne i presupposti, invocava la soccombenza funzionale della misura penale rispetto al vincolo fallimentare. Nell'una e nell'altra evenienza, indifferentemente, la legittimazione era affermata (*Focarelli*) o negata (*Uniland*).

Alla necessità di operare una distinzione aveva, invero, fatto richiamo, nel suo ricorso per cassazione, la curatela del Fallimento Mantova Petroli.

L'appello dichiarato inammissibile dal Tribunale del riesame con la decisione impugnata era incentrato (anche) sulla contestazione della legittimità del vincolo, che sarebbe stato apposto su somme di denaro non qualificabili come profitto del contestato reato tributario. Non si trattava allora di dirimere la questione della coesistenza di due vincoli entrambi legittimi, alla quale avrebbe dovuto intendersi circoscritto, secondo i ricorrenti, il principio dettato dalle Sezioni unite cinque anni prima.

Le Sezioni Unite hanno implicitamente smentito questa prospettiva.

L'analisi della decisione del 2014 spiega perché.

Il primo motivo di ricorso formulato nel caso *Uniland* ineriva, infatti, alla violazione degli artt. 2, 5, 19 e 53 d. lgs. n. 231 del 2001, per essere stato il sequestro adottato e mantenuto per un reato che non figurava (e tuttora non figura) nell'elenco di quelli che possono dar luogo alla responsabilità dell'ente *ex* art. 24 ss. d. lgs. n. 231 del 2001. Era infatti accaduto che il reato societario (artt. 2632 cod. civ. e 25-*ter* d. lgs. n. 231 del 2001) contestato nella fase genetica della misura fosse stato riqualificato, nei confronti dell'organo apicale della società, dopo l'avvio della procedura concorsuale, in bancarotta societaria (non ricompresa nell'elenco di cui sopra), lasciando immutata la contestazione nei confronti dell'ente.

Le Sezioni Unite riconobbero, incidentalmente, la fondatezza della censura affermando che «In tema di responsabilità degli enti ai sensi del d. lgs. 231/2001, il reato contestato alla persona fisica deve corrispondere a quello chiamato a fungere

medesimo bene per effetto della dichiarazione di fallimento, attesa la obbligatorietà della misura ablatoria alla cui salvaguardia è finalizzato il sequestro». Per converso, si ascrive alla rottura del principio *Uniland*, la sentenza Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, Evangelista, Rv. 273951 che, senza occuparsi della questione rimessa alle Sezioni Unite nel 2019, afferma: «In tema di reati tributari, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-*bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non può essere adottato sui beni già assoggettati alla procedura fallimentare, in quanto la dichiarazione di fallimento importa il venir meno del potere di disporre del proprio patrimonio in capo al fallito, attribuendo al curatore il compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento».

da presupposto per la responsabilità della persona giuridica» (Rv. 263679-01).

Nell'*iter* argomentativo si evocavano il principio di *doppia legalità* che impronta il sistema della responsabilità dell'ente (art. 2 d. lgs. cit.); i precedenti di legittimità in tema di reato complesso non annoverato nell'elenco di cui agli art. 24 ss. d. lgs. cit. ma incorporante una fattispecie che invece vi è compresa (Sez. 2, n. 41488 del 29/09/2009, Rimoldi); una corretta interpretazione del principio di autonomia della responsabilità dell'ente (art. 8 d. lgs. cit.).

Nonostante dunque il riconoscimento del grave vizio di legittimità – la carenza di base legale della confisca e, di conseguenza, del sequestro finalizzato ad assicurarne gli effetti – le Sezioni unite avevano dichiarato inammissibile il ricorso per il difetto di legittimazione del curatore impugnante.

Questo risolto destò reazioni di smarrimento e sorpresa in più di un commentatore:

«Al cospetto di una sentenza così complessa sotto il profilo interpretativo e ricostruttivo di un tessuto normativo indubbiamente articolato, riesce difficile, se non impossibile, nascondere *un certo senso di smarrimento* a fronte di taluni profili di (almeno apparente) disallineamento rispetto alla coerenza che, nel suo complesso, la caratterizza. Il primo motivo di perplessità è connesso all'esito cui giunge (inammissibilità del ricorso delle curatele, pur a fronte dell'accertata carenza dei presupposti per l'applicabilità del sequestro finalizzato alla confisca. E tale perplessità pare viepiù confermata se si confronta l'impostazione in tal senso adottata dalla Corte con l'aspetto maggiormente convincente della soluzione proposta, consistente nell'affermata possibilità di coesistenza dei vincoli di cui si è discusso: quello imposto dalla confisca e quello imposto dalla procedura concorsuale. Tale coesistenza [...] sembrerebbe implicare la necessaria ri-espansione delle pretese restitutorie in capo ai titolari di questi ultimi [dei diritti dei terzi, n.d.e.] allorquando (come in questo caso) la confisca non possa in nessun modo operare, essendovi di ostacolo, come bene rileva la sentenza, il principio di stretta legalità»¹¹⁹.

«*Sorprende* [...] la recisa negazione della legittimazione del Curatore a proporre impugnazione contro il provvedimento ablativo. Par difficile in verità contestare l'esistenza non tanto di un semplice interesse, ma di un vero e proprio dovere del curatore fallimentare ad apprendere alla massa tutti i beni di proprietà del fallito, come è indubitabilmente anche il bene già appartenente al debitore e a costui confiscato al di fuori dei casi previsti dalla legge (qui, in mancanza di un reato presupposto che legittimasse il sequestro *ex art.* 53 d. lgs. n. 231/2001); e dunque

¹¹⁹ M. RIVERDITI, Le Sezioni unite individuano il punto di equilibrio tra confisca ex d. lgs. 231 e il vincolo imposto dal fallimento sui beni del fallito, in *penalecontemporaneo.it*, 3 aprile 2015, p. 3.

contestare che la legittimazione del curatore ad impugnare un provvedimento di sequestro o confisca *contra legem* si fondi proprio su tale dovere»¹²⁰.

Ora il rischio del consolidamento del sequestro illegittimo o illegale con pregiudizio dei creditori, per assenza di soggetti che – una volta escluso il curatore – siano effettivamente interessati ad impugnarlo, fu uno degli argomenti più frequentemente utilizzati dalla Corte, quando cominciò a prendere le distanze dal principio *Uniland*. Quell'argomento ha lasciato una traccia tanto nell'ordinanza di rimessione della Terza sezione quanto nella soluzione poi adottata dalle Sezioni Unite.

Neppure l'ultima decisione conferisce però rilievo dirimente a questa distinzione.

Il riconoscimento della legittimazione del curatore è, da questo punto di vista, incondizionato. Tanto è vero che la Corte ha esaminato nel merito sia le censure formulate dal ricorrente avverso la qualificazione dei cespiti caduti in sequestro come profitto del reato tributario, che quelle intese a far prevalere, per ragioni funzionali, il vincolo fallimentare su quello penale.

Il quadro muterà con l'entrata in vigore il Codice dell'insolvenza e della crisi d'impresa. Lo si desume dal sistema complessivo delineato dagli artt. 317 ss. CCII, sul quale ci si soffermerà nella parte finale di questo contributo (v. *infra* § 9).

2. Il precedente *Focarelli*: la visione funzionalista dei rapporti tra sequestro/confisca e fallimento e il riconoscimento della legittimazione del curatore.

Come si è detto, la questione devoluta nel 2004 verteva sul «se sia consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di impresa dichiarata fallita», e cioè sul se il vincolo di indisponibilità determinato dall'apertura della procedura fallimentare fosse in grado di assorbire le esigenze proprie del vincolo penale, tanto da precluderne l'imposizione o da imporne la revoca, nel caso di fallimento sopraggiunto.

Le Sezioni Unite rispondevano al quesito, subordinando la legittimità del sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita e appartenenti ad un'impresa dichiarata fallita, nei cui confronti sia instaurata la relativa procedura concorsuale, alla condizione «che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela

¹²⁰ G. CHIARAVIGLIO, I rapporti tra sequestro/confisca e fallimento secondo una recente sentenza delle Sezioni Unite: interrogativi e problemi irrisolti, in Riv. Dott. Comm., 2015, 2, p. 289 ss.

dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare» (Rv. 228165-01).

La valutazione doveva concentrarsi sulle modalità di svolgimento della procedura concorsuale, sulle qualità dei creditori ammessi al passivo, sull'ammontare di quest'ultimo.

La prospettiva da tenere in considerazione era il rischio che il fallito indagato/imputato riacquistasse la disponibilità del bene per evenienze fisiologiche connesse alla chiusura del fallimento o all'instaurazione di un concordato *ex art.* 124 l. fall., che poteva comportare il sostanziale riacquisto della disponibilità dei beni non vincolati al procedimento o non trasferiti all'assuntore. Potevano poi verificarsi condotte surrettizie, come la costituzione fittizia di diritti di credito o di diritti reali nei confronti dello stesso fallito, non sicuramente contrastabili con i poteri di scioglimento dei contratti, con azioni revocatorie e di simulazione; né con l'impugnazione dei crediti ammessi (100 l. fall.) e la revocazione (art. 102 l. fall.).

Alla necessità di monitorare gli sviluppi della procedura concorsuale si legava l'affermazione dell'esigenza, «pur in mancanza di una previsione legislativa», di uno scambio di informazioni e di conoscenza tra l'autorità giudiziaria penale e quella civile e la prefigurazione della possibilità di accompagnare alla restituzione dei beni alla curatela l'imposizione di prescrizioni *ex art.* 185 d. att. cod. proc. pen.¹²¹.

Le *rationes decidendi* esprimevano due importanti prese di posizione.

La prima consisteva nel rifiuto della dogmatica esclusione del rilievo pubblicistico degli interessi perseguiti dalla procedura concorsuale che – dicevano le Sezioni Unite, richiamando la giurisprudenza civilistica e la Relazione ministeriale alla legge fallimentare - sovrastano quelli dei singoli creditori, facendo assurgere la tutela della *par condicio* al rango di «*altissimo interesse pubblico*».

Con quest'affermazione si coniugava la definizione del ruolo del curatore che non andava considerato come soggetto privato, che agisce in rappresentanza o sostituzione (*ex lege*) del fallito e/o dei singoli creditori, ma come «un organo che svolge una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, incardinato nell'ufficio fallimentare, a fianco del tribunale e del giudice delegato, quale ausiliario di giustizia e, di conseguenza, è sempre e costantemente “terzo” rispetto a tutti, perfino quando agisce per la tutela di un diritto già esistente nel patrimonio del fallito e che avrebbe potuto essere fatto valere da quest'ultimo se non fosse intervenuto il fallimento».

¹²¹ Per V. PACILEO, Sui rapporti tra procedimento penale e procedura fallimentare. “Da ciò l'esigenza, pure in mancanza di previsione legislativa, di uno scambio di informazioni e di conoscenze tra l'autorità giudiziaria penale e quella civile”, in Cass. pen., 2005, 7-8, p. 2437 ss.) questo passaggio della sentenza costituiva il «vitale insegnamento e la pressante raccomandazione del supremo collegio».

A dimostrazione dell'assunto, si elencavano le fonti del potere del curatore, si precisavano le finalità istituzionali del suo agire, si sottolineavano i controlli che presidiano la sua attività gestoria:

«Il curatore è investito dei propri poteri dalla legge ed è nominato dal tribunale fallimentare, in maniera del tutto autonoma rispetto alla volontà del fallito ed il fatto che tuteli indirettamente anche gli interessi di quest'ultimo, oltre che quelli dei creditori, non può significare che gli si debba riconoscere una funzione di rappresentanza, dal momento che tale tutela è comunque rivolta all'esecuzione forzata del patrimonio sottoposto alla procedura concorsuale. D'altra parte, gli stessi poteri di amministrazione del patrimonio fallimentare sono soggetti a specifici controlli e vincoli da parte dell'autorità giudiziaria, che vigila sull'intera attività del curatore. Anche nei casi in cui viene considerato avente causa dal fallito, ad esempio quando esercita un diritto già presente nel patrimonio di questi, è sempre l'interesse della procedura a essere tutelato dall'ufficio fallimentare, e non quello del fallito o dei creditori».

Queste premesse si combinavano con l'analisi funzionale del sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa, che si differenzia da quello probatorio, per il fatto di non svolgere «alcuna funzione strumentale rispetto al procedimento penale»; e da quello finalizzato alla confisca obbligatoria, per non essere finalizzato a impedire la circolazione di un bene intrinsecamente illecito.

E allora non poteva escludersi, in linea astratta, che lo spossessamento determinato dalla procedura concorsuale assorbisse la funzione propria del sequestro penale, quella «di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, e che quindi potrebbero mantenere viva l'idea del delitto commesso e stimolare la perpetrazione di nuovi reati», contemperandola con la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito. A questa esigenza non poteva essere indifferente l'ordinamento penale, quando la presunzione di pericolosità sottesa alla misura di sicurezza «inerisca non alla cosa illecita in sé ma alla relazione che la lega al soggetto che ha commesso il reato».

La dottrina sintetizzava: «il legislatore non può fissare una norma che regoli i casi di collisione tra procedure concorsuali e confisca facoltativa. Troppe sono le variabili in gioco. La soluzione [...] non è questione di *fact* né di *law*: è questione di *discretion*»¹²².

Fin qui la soluzione del contrasto rilevante nel caso devoluto.

Ma le sezioni unite andavano oltre e, in un *obiter* finalizzato a risolvere su più

¹²² F.M. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *Fallimento*, 2005, 11, 1265.

ampia scala il *tormento esegetico*, consideravano altre tipologie di sequestro.

Era simile alla soluzione adottata per il caso oggetto del ricorso quella suggerita per in relazione al caso del sequestro *impeditivo* (art. 321, comma 1, cod. proc. pen.).

Le sezioni unite dissentivano sia dall'approccio che ravvisava nella procedura concorsuale un'ipotesi di superamento delle condizioni di applicabilità della misura, sì da implicarne automaticamente la revoca (art. 321, comma 3, cod. proc. pen.); sia da quello che rigidamente escludeva l'idoneità della procedura concorsuale a costituire sede di realizzazione della finalità preventiva.

A giudizio delle sezioni unite, anche in questo caso, non sono giustificate soluzioni astratte: «il giudice ben può disporre l'applicazione, il mantenimento o la revoca del sequestro previsto dall'art. 321, comma 1, cod. proc. pen., senza essere vincolato dagli effetti di cui all'art. 42 l. fall.».

Il giudice dovrà *bilanciare* i motivi della cautela con le ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, considerando il concreto svolgimento della procedura concorsuale.

All'esito di detta valutazione, il bene potrà anche essere restituito all'ufficio fallimentare, ferma restando la possibilità di una nuova applicazione della misura cautelare reale nei casi in cui riacquisti attualità il pericolo del suo uso a fini di reiterazione del reato o di aggravamento delle sue conseguenze.

Un puro *schema funzionalistico* governava la soluzione degli altri casi.

Il sequestro conservativo (art. 316 cod. proc. pen.) soccombe sempre alla procedura concorsuale perché risponde esclusivamente a una finalità di tutela del credito. Ed allora, in quanto strumentale e prodromico ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto* (obbligazioni civili da reato e pena pecuniaria) o *ex processo* (spese processuali e debiti verso l'erario), rientra, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area operativa del divieto di cui all'art. 51 l. fall., secondo cui dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento.

Sul polo opposto si situavano il sequestro probatorio e quello preventivo funzionale all'assicurazione della confisca obbligatoria.

Il primo prevale, sempre e comunque, sul fallimento perché opinare diversamente significherebbe sottrarre una prova al processo. Nel bilanciamento dei principi, la prevalenza non può che esser data all'accertamento della verità. Tanto più che il vincolo del sequestro probatorio è temporaneo e non pregiudica definitivamente la massa passiva.

Il secondo è insensibile alla procedura concorsuale per due ordini di ragioni.

La prima attiene alla presunzione assoluta sottesa alla scelta legislativa di configurare l'ablazione come obbligatoria, che elide per il giudice qualsiasi spazio

di discrezionalità: «la valutazione che viene richiesta al giudice della cautela reale sulla pericolosità della cosa non contiene margini di discrezionalità, in quanto la *res* è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta: la legge vuole escludere che il bene sia rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione del reo, sicché non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto *medio tempore* e il ricavato distribuito ai creditori».

La seconda richiama l'*analisi di scopo* che caratterizza l'intera decisione e fa perno sull'intrinseca e oggettiva pericolosità della cosa, di norma sottoposta alla confisca obbligatoria:

«Le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente pericoloso in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. Le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività». Le due parti della giustificazione figuravano nella sentenza in esame come segmenti di un unico ragionamento.

Da questa impostazione discendeva il pieno e incondizionato riconoscimento della legittimazione del curatore a contrastare il sequestro penale imposto sui beni già compresi nell'attivo fallimentare o suscettibili di essere ad esso acquisiti.

In quanto *ausiliario di giustizia* connotato da terzietà, il curatore del fallimento «è sicuramente legittimato a proporre sia l'istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo sia quella di revoca della misura, ai sensi dell'art. 322 c.p.p. (nonché a proporre ricorso per Cassazione, *ex* art. 325 c.p.p., avverso le relative ordinanze emesse dal Tribunale per il riesame). Egli, invero, agisce in tal modo (previa rituale autorizzazione del giudice delegato), per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell'attivo fallimentare».

3. Il precedente *Uniland*: il disconoscimento della legittimazione del curatore come riflesso della centralità conferita ai diritti dominicali nel sistema di tutela dei terzi.

Nel 2014, le Sezioni Unite affrontavano un sequestro disposto ai sensi degli artt. 19-53 d. lgs. n. 231 del 2001.

Come anticipato, il primo aspetto della controversia interpretativa focalizzava un nodo problematico dell'indicazione fornita dall'*obiter* della sentenza *Focarelli* dedicato ai rapporti tra sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria e procedura fallimentare.

Si trattava di stabilire se il sequestro destinato a prevalere in ogni caso sul

vincolo fallimentare fosse soltanto quello inteso ad assicurare la confisca di cose in sé pericolose, secondo il modello codicistico dell'art. 240 cod. pen., come pareva desumersi da quella parte della motivazione che abbiamo sopra definito *analisi di scopo*¹²³; o se, invece, doveva ritenersi dirimente la presunzione assoluta formulata da legislatore sottraendo al giudice qualsiasi margine di valutazione discrezionale, nel qual caso il sequestro finalizzato alla confisca all'ente - essendo quest'ultima configurata come sanzione obbligatoria - avrebbe dovuto rimanere insensibile alla procedura fallimentare¹²⁴.

Aderendo ad una delle opzioni in campo, le Sezioni Unite avrebbero potuto risolvere la controversia concentrandosi sulla natura obbligatoria e sanzionatoria della confisca ex art. 19 d. lgs. n. 231 del 2001, dalla quale sarebbe stato possibile far derivare «la regola [...] che i creditori del fallito non possono ottenere soddisfazione su una somma di denaro ottenuta illecitamente grazie all'attività costituente reato»¹²⁵.

¹²³ In questo senso, erano orientate alcune decisioni relative a varie ipotesi di confisca obbligatoria, a partire da Sez. 3, n. 20443 del 2/02/2007, Sorrentino, Rv. 236846, in tema di sequestro finalizzato alla confisca allargata *per sproporzione*: «L'obbligatorietà della confisca nei casi previsti dall'art. 12 *sexies* del D.L. 8 giugno 1992 n. 306, conv. con modif. in legge 7 agosto 1992 n. 356, siccome stabilita non in funzione della intrinseca pericolosità delle cose da confiscare, ma soltanto del loro legame con chi abbia subito condanna per determinati delitti, non impedisce che, qualora dette cose, nell'ambito di procedimento penale per taluno di tali delitti, siano state oggetto di sequestro preventivo in vista appunto della loro assoggettabilità a confisca obbligatoria e sia quindi sopravvenuto il fallimento dell'imputato, il curatore del fallimento possa chiedere ed ottenere l'autorizzazione alla loro vendita ed alla conseguente distribuzione del ricavato ai creditori concorsuali, dandosi luogo anche in tal modo alla realizzazione della finalità perseguita dal legislatore, costituita dallo spossessamento del condannato». Si allineava a questo punto di vista Sez. 1, n. 20216 del 1/03/2013, Arconte, Rv. 256356. Sul presupposto della similitudine funzionale tra la confisca penale allargata e la confisca di prevenzione, anche Sez. 6, n. 49821 del 17/10/2013, Lu.fra. Trasporti s.r.l., Rv. 258579 esprimeva, in motivazione, il rifiuto per il "*pedissequo parallelismo*" tra la confisca di prevenzione e la confisca obbligatoria ex art. 240, comma secondo, cod. pen. «dovendosi ritenere, per contro, in ogni caso realizzato l'interesse collettivo, una volta che l'ablazione del patrimonio riferito al soggetto socialmente pericoloso finisca per cadere sui diritti del proposto residuati dalla soddisfazione delle pretese dei creditori concorsuali». In tema di sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria per equivalente, ex artt. 322-ter e 640-quater cod. pen., era Sez. 2, n. 31990 del 14/06/2006, Italinvest s.p.a., Rv. 235129 a subordinare l'imposizione del vincolo al fatto che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, desse conto «della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle che implicano la tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare». Potevano iscriversi in questo filone anche alcune decisioni relative ai rapporti tra il fallimento e il sequestro finalizzato alla confisca all'ente, e cioè alla questione devoluta alle Sezioni Unite nel caso Uniland (Sez. 5, n. 33425 dell'8/07/2008, Fazzalari, Rv. 240559 e Sez. 5, n. 48804 del 9/10/2013, Cur. Fall. Infrastrutture e Servizi, Rv. 2577553).

¹²⁴ In questo senso: con riferimento al sequestro di prevenzione, Sez. 6, n. 31890 del 4/03/2008, Bruno, Rv. 241013 e Sez. 1, n. 16783 del 7/04/2010, Profilo, Rv. 246944; con riferimento al sequestro nei confronti dell'ente, Sez. 6, n. 19051 del 10/01/2013, Cur. Fall. Soc. Tecno Hospital s.r.l., Rv. 255255.

¹²⁵ Per P. DI GERONIMO, La confisca del profitto del reato, tra responsabilità da reato delle società ed esigenza di garantire il soddisfacimento dei creditori nella procedura fallimentare: pregi e limiti della soluzione prospettata dalle Sezioni unite, in Cass. pen., 2015, 9, p. 3040, una tale soluzione sarebbe stata più lineare di quella poi messa in campo dalle Sezioni Unite nel 2014.

Ed invece quel Collegio elaborò una soluzione più articolata che, senza disconoscere la funzione istituzionale del curatore, né la necessità di salvaguardia dei diritti dei creditori terzi rispetto alla vicenda penale che sta alla base del sequestro, differiva la tutela di questi ultimi al momento conclusivo della procedura fallimentare.

Giocava un ruolo centrale, in quella ricostruzione, la disposizione dell'art. 19 d. lgs. n. 231 del 2001, e in particolare la clausola di salvaguardia dei diritti *acquisiti* dai terzi in buona fede che, secondo la Corte, esigerebbe la titolarità del diritto di proprietà o di un diritto reale sui beni passibili di apprensione in sede penale.

«[...] l'espressione letterale usata dal legislatore e la logica del sistema, che vuole salvaguardare, dal sequestro prima e dalla confisca poi, provvedimenti che intendono ristabilire l'ordine economico turbato dalla illecita attività dell'ente, soltanto i diritti dei terzi gravanti sui beni oggetto dell'apprensione da parte dello Stato, rendono certi che salvaguardato è il diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui predetti beni, mobili o immobili che siano. Del resto, la norma non parla di salvaguardia dei diritti di credito eventualmente vantati da terzi proprio perché si intendono salvaguardare soltanto i beni, che seppure siano provento di illecito, appartengano - "cose appartenenti", secondo l'espressione usata dall'art. 240, terzo comma, cod. pen. - a terzi estranei al reato, o meglio all'illecito commesso dall'ente» (p. 19 s.).

Sennonché di un tale diritto non sono titolari i creditori, almeno fino a quando la procedura fallimentare non si sia conclusa con l'approvazione del piano di riparto e l'assegnazione dei beni, e non è titolare il curatore che ne rappresenta gli interessi.

«E', infatti, evidente che coloro che si insinuano nel fallimento vantando un diritto di credito non possono essere ritenuti per tale solo fatto titolari di un diritto reale sul bene ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 19 del decreto sulla responsabilità degli enti, perché sarà proprio con la procedura fallimentare che, sulla scorta delle scritture contabili e degli altri elementi conoscitivi propri della procedura, si stabilirà se il credito vantato possa o meno essere ammesso al passivo fallimentare. Il curatore, nel contempo, individuerà tutti i beni che debbono formare la massa attiva del fallimento, arricchendola degli eventuali esiti favorevoli di azioni revocatorie, e soltanto alla fine della procedura si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori. E' soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che

potranno far valere nelle sedi adeguate (p. 24)»¹²⁶.

Da tale premessa discendeva che la tutela degli interessi della *par condicio creditorum* interferenti con il vincolo penale non poteva che essere differita a tale momento, quando il curatore aveva ormai esaurito il suo compito e la legittimazione ad agire non poteva spettare che ai creditori assegnatari o agli eventuali acquirenti dei beni:

«La sede adeguata ove far valere i diritti del terzo non potrà essere, nella ipotesi dinanzi indicata, che quella dell'incidente di esecuzione. Infatti, come si è già notato, il legislatore ha demandato al giudice penale che deve disporre il sequestro dei beni ex art. 19 d.lgs n. 231 del 2001 e/o la confisca degli stessi l'onere di salvaguardare i diritti dei terzi acquisiti in buona fede; quindi è il competente giudice della cognizione penale che prima di disporre il sequestro e/o la confisca dovrà valutare se la titolarità del bene sia stata acquisita dal terzo in buona fede. Quando, però, sia stata pronunciata sentenza definitiva di condanna dell'ente e sia stata disposta la confisca dei beni appartenenti allo stesso, il giudice competente a decidere sulla istanza del terzo non potrà che essere il giudice dell'esecuzione penale, che, ai sensi degli artt. 665 e s. cod. proc. pen., è chiamato a risolvere, su istanza delle parti interessate, tutte le questioni che attengono alla esecuzione dei provvedimenti giudiziari definitivi» (p. 25).

Non era dunque negata la funzione pubblicistica della procedura fallimentare e del curatore. Su questi aspetti, la decisione Uniland è perfettamente in linea con il precedente:

«Il vincolo apposto sui beni del fallito a seguito della apertura di una procedura concorsuale ha una indubbia rilevanza pubblica, come del resto è lecito desumere dalla relazione ministeriale alla legge fallimentare, perché mira a spossessare il fallito o la società fallita dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del ceto creditorio, ad evitare ulteriori depauperamenti del patrimonio stesso, a garantire la *par condicio creditorum*. Si tratta di finalità di indubbio rilievo pubblicistico che meritano considerazione e tutela. Del resto, il curatore, come

¹²⁶ In Sez. 4, n. 7550 del 5/12/2018 – dep. 2019, Sansone, Rv. 275129-01, relativa ad un sequestro disposto per reati tributari (dove pure viene in gioco la clausola di salvaguardia dei diritti dei terzi prevista dall'art. 12-*bis* del d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74), si precisa che l'effetto limitativo dell'operatività del vincolo penale non scaturisce dalla mera approvazione del piano di riparto esecutivo ma soltanto, nel caso di denaro o altri beni fungibili, dalla materiale *traditio* delle somme che ne formano oggetto: «In tema di reati tributari, è legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di somme di denaro appartenenti alla società fallita e assegnate ai creditori con piano di riparto dichiarato esecutivo ma non ancora eseguito, in quanto il provvedimento del giudice delegato si limita ad accertare giudizialmente la misura dei crediti aventi diritto al riparto e ad ordinarne al curatore il pagamento, ma l'effetto traslativo del denaro appartenente alla società fallita si produce solo con la materiale *traditio* delle somme».

messo in evidenza dalla giurisprudenza civilistica oltre che da quella penale (vedi Sez. U, Focarelli del 2004, citata), non può essere considerato come un soggetto privato che agisca in rappresentanza o sostituzione del fallito e/o dei singoli creditori o del comitato dei creditori, ma deve essere visto come organo che svolge una funzione pubblica ed affianca il tribunale ed il giudice delegato per il perseguimento degli interessi dinanzi indicati. Si tratta, quindi, di procedure essenziali, con indubbi profili di interesse pubblico, per il raggiungimento dei fini innanzi precisati; di conseguenza anche il vincolo apposto sui beni del fallito in occasione dell'apertura di una procedura concorsuale è indispensabile e non può essere eluso» (§ 6.2).

Le questioni sono altre: la fede incondizionata nella possibilità di pacifica coesistenza dei due vincoli, che induce la Corte finanche a dubitare del concreto interesse del curatore a contrastare il sequestro penale che, in ultima analisi, garantisce la conservazione di quei beni sui quali, al termine della procedura fallimentare, i creditori potranno far valere i loro diritti; la connotazione «prevalentemente gestionale», anziché dominicale, del ruolo del curatore, che lo individua come soggetto non assimilabile ai terzi salvaguardati dall'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 (v. pag. 29 ss. della motivazione).

3.1. L'estensibilità del principio *Uniland* oltre l'ambito del sequestro "231".

Nel caso devoluto alle Sezioni Unite nel 2019, il provvedimento impugnato ha per oggetto un sequestro disposto nei confronti di persone fisiche per violazioni tributarie (omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto), a fini di assicurazione della confisca diretta del profitto prevista dall'art. 12-*bis* d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Non sarebbe stato dunque applicabile, secondo la curatela ricorrente, il principio dettato nel 2014 per il diverso caso del sequestro per equivalente nei confronti dell'ente, nei cui confronti, tra l'altro, mai potrebbe configurarsi una responsabilità da reati tributari, non essendo questi ultimi compresi nel catalogo di cui agli artt. 24 ss. del d. lgs. n. 231 del 2001.

Aderendo alla prospettiva della sezione remittente, le Sezioni Unite hanno però disatteso la proposta di *distinguishing* ritenendo, anche sotto questo profilo, ineludibile il confronto con il precedente.

Al di là del riferimento testuale all'art. 19 d. lgs. n. 231 del 2001 (sicuramente non estensibile al sequestro *de quo*), gli argomenti utilizzati nella decisione del 2014 impongono di ritenere quel diniego esteso all'intero ambito dei provvedimenti cautelari finalizzati a confisca, come già affermato in numerose decisioni (tra queste, Sez. 3, n. 23388 del 01/03/2016, Ivone, Rv. 267346-01).

In particolare, il Collegio ha segnalato il respiro extra-settoriale degli argomenti

"civilistici" incentrati sulla carenza, in capo al curatore e al ceto creditorio da lui istituzionalmente tutelato, di un diritto dominicale, ritenuto essenziale per configurare la legittimazione. Altrettanto generali, in quanto riflesso dell'illustrata visione strutturale dei rapporti tra le due procedure, sono gli argomenti che indussero a dubitare dell'interesse concreto del medesimo a contrastare il vincolo penale:

«Nella sentenza Uniland si osservava infatti che la dichiarazione di fallimento non trasferisce alla curatela la proprietà dei beni del fallito, ma solo l'amministrazione e la disponibilità degli stessi. Se ne desumeva pertanto che nessun diritto reale su tali beni può essere riconosciuto al curatore, il quale ha unicamente compiti gestionali, mirati al soddisfacimento dei creditori; e si aggiungeva che il curatore neppure esercita diritti in rappresentanza dei creditori stessi, i quali, fino alla conclusione della procedura concorsuale, vantano una mera pretesa sui beni del fallito e non hanno quindi alcun titolo per la restituzione degli stessi. Ponendosi altresì in dubbio, nella sentenza indicata, che il curatore abbia un interesse concreto tutelabile ad opporsi a provvedimenti di sequestro e confisca che non recano effettivo pregiudizio alla integrità della massa fallimentare, la cui tutela è oggetto delle funzioni della curatela, dal momento che lo Stato può far valere il suo diritto sui beni solo alla conclusione della procedura e con la salvaguardia dei diritti dei creditori» (Par. 2. del considerato in diritto).

A ulteriore conferma della bontà della scelta di non sottrarsi al confronto con il precedente, potrebbe osservarsi che l'art. 53, comma 1 del d. lgs. n. 231 del 2001 (che certamente assumeva rilevanza nel caso Uniland), rinvia alle disposizioni del codice di rito in tema di sequestro preventivo e relative impugnazioni (artt. 322 e 322-*bis* c.p.p.), disposizioni delle quali la Corte aveva evidentemente fornito, nel 2014, una lettura riduttiva che non poteva non condizionare la soluzione del tema in relazione ad altre tipologie di sequestro a fini di confisca.

Per quanto poi specificamente attiene al sequestro finalizzato alla confisca per reati tributari, la giurisprudenza successiva al 2014 era più volte pervenuta alla conclusione che la tesi dell'insufficienza di una pretesa creditoria a fondare un diritto restitutorio e la connessa legittimazione processuale sarebbe stata, in detto contesto, persino più cogente che in quello del procedimento 231.

Mentre, infatti, l'art. 19 d. lgs., n. 231 del 2001 fa salvi i "*diritti*" acquisiti dai terzi di buona fede, l'art. 322-*ter* cod. pen. (così come il vigente art. 12-*bis*, comma 1, d. lgs. n. 74 del 2000, introdotto dal d. lgs. n. 158 del 2015) riferisce la salvaguardia ai beni che "*appartengano*" a persona estranea al reato.

Analogamente, Sez. 3, n. 28090 del 16/05/2017, Falcone, sempre in materia di confisca del profitto di un reato tributario (art. 10-*bis* d. lgs. n. 74 del 2000), affermava che la validità del principio *Uniland* (Rv. 263685) «deve essere *a fortiori*

ribadita allorché la dichiarazione di fallimento della società i cui beni siano stati colpiti dal provvedimento di sequestro sia successiva a quest'ultimo» e che - non potendo revocarsi in dubbio, nel caso di specie, la piena disponibilità dei beni al momento dell'esecuzione del sequestro da parte dell'indagato – detti beni non avrebbero certamente potuto essere inclusi nell'attivo di un fallimento non ancora dichiarato, il cui sopravvento comunque «non determina alcuna successione a titolo particolare del curatore al fallito, quantunque quest'ultimo perda per effetto della sentenza dichiarativa del fallimento l'amministrazione e il potere di disporre dei suoi beni».

4. I primi segnali di insoddisfazione della giurisprudenza per il principio *Uniland*: il riconoscimento della legittimazione del curatore a contrastare il sequestro successivo al fallimento.

Non hanno tardato a manifestarsi nella giurisprudenza successiva all'arresto nomofilattico del 2014, i segni dell'insoddisfazione per l'assetto delineato da quella pronuncia.

A meno di un anno dal deposito della decisione cominciava a delinearsi un indirizzo che temperava i rigori di quel principio, ammettendo la legittimazione del curatore a contrastare il sequestro, quando questo fosse stato disposto dopo la dichiarazione di fallimento.

Alle origini di questa linea interpretativa – del cui consolidamento danno conto tanto la sezione remittente quanto l'ultima pronuncia delle ultime Sezioni Unite (pag. 9 della motivazione) – sta un passaggio incidentale della sentenza Sez. 3, n. 42469 del 12/07/2016, Amista, Rv. 268015-01, attinente, così come il caso trattato nella sentenza Mantova Petroli s.p.a., a un sequestro preventivo disposto a fini di confisca del profitto dei reati di cui agli artt. 2 e 8 d. lgs. n. 74 del 2000.

In quella decisione si afferma:

«Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo, anche per equivalente, emesso anteriormente alla dichiarazione di fallimento di un'impresa, in quanto non è titolare di alcun diritto sui beni del fallito, né in proprio, né quale rappresentante dei creditori del fallito i quali, prima della conclusione della procedura concorsuale, non hanno alcun diritto restitutorio sui beni. (In motivazione la Corte ha precisato che la legittimazione per impugnare consegue alla effettiva disponibilità del bene e che, invece, la dichiarazione di fallimento successiva al sequestro non conferisce alla procedura la disponibilità dei beni del fallito in considerazione del fatto che, da un lato, questi ne conserva il diritto di proprietà e, dall'altro, che il pregresso vincolo penale assorbe ogni potere fattuale su tali beni, escludendo ogni disponibilità diversa sugli stessi)».

Muovendosi ancora nelle pieghe della motivazione Uniland, la Terza Sezione sosteneva che – dovendosi conferire alla nozione di *disponibilità*, nel settore delle cautele reali, «contenuto esclusivamente fattuale, corrispondente in sostanza all'istituto civile del possesso» - laddove il sequestro penale e la sua esecuzione precedono il fallimento, quest'ultimo non può acquisire la disponibilità dei beni caduti sotto il vincolo penale, «onde non può a tale potere fattuale aggrapparsi per conseguire una legittimazione ad impugnare il vincolo penale».

Se la carenza del *possesso* ha rilevanza decisiva per affermare che il curatore, oltre a non poter vantare una posizione di diritto restitutorio, non può neppure qualificarsi come «soggetto al quale le cose sono state (in fatto) sequestrate» (a termini degli artt. 322, 322-*bis* e 325 cod. proc. pen.), «il quadro finale avrebbe potuto forse essere diverso nel caso in cui il sequestro preventivo finalizzato a confisca avesse investita una massa attiva fallimentare – essendo già stato dichiarato il fallimento ed avendo già il curatore preso in suo possesso gestorio i beni del fallito». In questo caso, la barriera del difetto di legittimazione potrebbe non riuscire a «districa(re) l'eventuale conflitto tra gli interessi salvaguardati a mezzo della sanzione penale della confisca e della cautela a essa prodromica da un lato e gli interessi inclusi nella procedura fallimentare dall'altro».

L'affermazione incidentale della sentenza Amista diveniva risolutivo principio di diritto nella decisione Sez. 3, n. 45574 del 29/05/2018, Evangelista, Rv. 273951-01: «In tema di reati tributari, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-*bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non può essere adottato sui beni già assoggettati alla procedura fallimentare, in quanto la dichiarazione di fallimento importa il venir meno del potere di disporre del proprio patrimonio in capo al fallito, attribuendo al curatore il compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento».

Non assumeva rilievo, nel caso di specie, il tema della legittimazione impugnatoria del curatore perché questa era stata riconosciuta dal Tribunale del riesame impugnato, che era però pervenuto al rigetto dell'appello sul presupposto della natura obbligatoria e sanzionatoria della confisca *ex* art. 12-*bis* d. lgs. n. 74 del 2000 cautelata con il sequestro di specie, dalla quale faceva discendere la prevalenza su ogni altra ragione dell'esigenza di «inibire l'utilizzazione di un bene in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato».

Secondo la Terza Sezione, il giudice territoriale era incorso in più d'un *equivoco* nell'applicazione dei principi dettati dalla sentenza Uniland ad un caso che si presentava radicalmente diverso, per il fatto di avere ad oggetto un sequestro disposto su beni già entrati nell'attivo fallimentare.

La preesistenza della procedura fallimentare imponeva – secondo la Corte - una diametrica inversione di prospettiva, «traducendosi in un ostacolo che relega

ad un ruolo del tutto secondario la natura rivestita dalla confisca cui è finalizzato il sequestro», posto che l'indisponibilità dei beni in capo al fallito, posta a presidio degli interessi pubblicistici (gli stessi evidenziati dalla decisione *Amista*: «necessità che il tracollo dell'impresa non si estenda a macchia di leopardo ai soggetti che con questa abbiano avuto rapporti») non ne consente l'assoggettabilità al vincolo penale.

Si richiamava, quindi, la nozione di *disponibilità* quale potere di fatto sul bene, già costituito in capo all'ufficio fallimentare, con la sottolineatura della sufficienza di tale condizione di fatto a fondare la legittimazione processuale del curatore quale "persona alla quale le cose sono state sequestrate", legittimazione alla quale non poteva conseguire la negazione della tutela che il fallimento merita in quanto possessore *terzo* rispetto al reato.

Alcuni commentatori ravvisarono nel correttivo introdotto dalla decisione *Amista* un equilibrio accettabile, che peraltro recuperava una preziosa indicazione fornita dalla Corte costituzionale (Corte cost. n. 190 del 1994), quando aveva individuato proprio il criterio cronologico tra quelli che il legislatore avrebbe potuto praticare, per pervenire ad un assetto equilibrato dei rapporti tra i creditori concorsuali e la misura patrimoniale di prevenzione¹²⁷.

Era in effetti possibile leggere in questo orientamento un segnale di recuperata consapevolezza della centralità delle norme processuali specificamente dedicate all'impugnazione del sequestro, che erano state impropriamente svalutate dalla sentenza *Uniland* in favore della clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 19 cit.¹²⁸.

¹²⁷ La notazione è di F. CERQUA, *La dichiarazione di fallimento quale limite al sequestro preventivo*, in *Il fallimento*, 2019, 1, p. 28.

¹²⁸ D. PAGANI, *La legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare il provvedimento di sequestro*, in *Arch. pen. online*, 2017, n. 1, p. 19 ss., notava che: «da [...] sentenza *Uniland* non aveva effettuato alcuna distinzione temporale tra sequestro intervenuto prima o dopo la pronuncia di fallimento, in ogni caso negando al curatore la legittimazione in questione [...] Si ritiene invece che la distinzione tra sequestro di un bene fallimentare e apertura della procedura successivamente al sequestro sia decisiva: il mutare dell'ordine temporale di apposizione dei due vincoli potrebbe influire in maniera determinante sulla legittimazione del curatore ad impugnare il provvedimento cautelare. [...] Limitatamente a tale ipotesi, infatti, il vincolo reale andrebbe a colpire beni che si troverebbero già nella disponibilità del curatore il quale, come già visto, potrebbe quindi vantare un titolo idoneo ed un interesse ad impugnare il provvedimento cautelare per richiederne la restituzione. Non potrebbe dirsi lo stesso per la diversa ipotesi in cui il fallimento sia dichiarato successivamente all'emanazione del provvedimento di sequestro, giacché, dovendosi escludere che il vincolo fallimentare possa eliminare quello reale, il curatore non acquisirebbe alcun titolo sullo specifico bene già sottoposto a cautela reale. [...] Limitatamente a tale ipotesi, il curatore sarebbe pertanto legittimato sulla base della disponibilità dei beni fallimentari, non solo in quanto persona che ha diritto alla loro restituzione ma anche, si ritiene, quale persona a cui le cose sono state sequestrate, cumulando su di sé entrambe le qualità di cui all'art. 322 c.p. Infatti, se la

Sulla scelta del parametro normativo e sulla sua interpretazione si erano del resto criticamente soffermati diversi commentatori della decisione.

Alcuni avevano segnalato la lettura arbitrariamente riduttiva del termine "diritti" impiegato nella clausola di salvaguardia dell'art. 19 del d.lgs. cit.:

«Dunque, secondo le Sezioni unite, poiché la norma parla solo di "diritti", senza specificare che si tratti di "diritti di credito", essa deve intendersi circoscritta ai soli "diritti reali". Il giurista vede dunque cadere un baluardo del diritto costituito dall'universale principio secondo il quale il legislatore *ubi voluit dixit*. In forza di esso qualora una norma intenda circoscrivere l'applicazione ad una limitata sfera di diritti, ciò deve essere esplicitamente previsto dovendosi, in mancanza di specificazione, ritenere la disciplina ovviamente estesa a tutti i diritti (di credito e di carattere reale)»¹²⁹.

Secondo altra prospettiva, invece, la delimitazione dei diritti salvaguardati nel caso di confisca obbligatoria *ex* art. 19 d. lgs. cit. era corretta, ma proprio per questa ragione la Corte non avrebbe dovuto fondare su quella disposizione la regolamentazione dei rapporti tra confisca e fallimento. Proprio perché ha riguardo esclusivamente a diritti reali, la disposizione non ha attinenza con il tema dei rapporti con la procedura fallimentare, nella quale vengono essenzialmente in gioco pretese creditorie. La sua funzione in questo contesto è, tutto sommato, residuale: potrebbe attagliarsi alla tutela del terzo che acquista il bene in sede fallimentare, prima ancora che sia stato apposto il vincolo del sequestro¹³⁰ o che, per ragioni legate alla tempistica delle trascrizioni, lo acquisti successivamente.

Il vero banco di prova della legittimazione del curatore avrebbe dovuto essere individuato negli artt. 322, 322-*bis* e 325 cod. proc. pen., valevoli anche nel caso del sequestro all'ente, in forza del richiamo operato dall'art. 53 d. lgs. n. 231 del

cautela reale interviene dopo l'apertura della procedura concorsuale, il curatore ha la disponibilità dei beni fallimentari già prima della pronuncia del provvedimento di sequestro [...] e ciò è ancora più vero con riferimento a quei beni che siano entrati a far parte della massa attiva per effetto della sua attività recuperatoria poiché, prima dell'apertura del fallimento, gli stessi beni non erano nemmeno parte del patrimonio dell'impresa fallenda».

¹²⁹ A. DELLO RUSSO, Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare, in Arch. pen. online, 2015, n. 1, p. 2. Nello stesso senso F. SANTANGELI, Sequestro, confisca, procedure concorsuali. Creditori, terzi, giudici civili e penali, di merito e di legittimità. Istruzioni per l'uso dopo le Sezioni Unite penali, in *Judicium*, p. 12: «Sorprende il richiamo alle "cose appartenenti" di cui all'art. 240 c.p.: proprio la diversa scelta semantica operata dall'art. 19, semmai, dovrebbe indurre ad optare appunto per differenti soluzioni ermeneutiche. [...] Anche il creditore di buona fede contrae con una società, ed appare logico tutelare (oltre all'interesse pubblico dell'Erario con la confisca) anche questa posizione incolpevole, avendo cura insieme di assicurarsi, naturalmente, che sia insieme perseguita anche la finalità della confisca, ovvero impedire che la società possa avere un vantaggio nonostante il comportamento sanzionato, ritornando direttamente o indirettamente in possesso dei beni che hanno costituito il prodotto o il profitto del reato».

¹³⁰ P. DI GERONIMO, *op. cit.*, p. 3046 ss.

2001¹³¹.

4.1. Il riconoscimento della legittimazione del curatore a impugnare il sequestro post-fallimentare e il *principio di consecuzione delle procedure concorsuali*.

Il consolidamento della linea esegetica appena esposta suggeriva al ricorrente la formulazione di un'altra proposta di sottrazione del caso particolare al *dictum* preclusivo del 2014.

Al tempo dell'imposizione del vincolo penale, i liquidatori della Mantova Petroli avevano già richiesto l'ammissione al concordato preventivo. Il *principio di consecuzione delle procedure concorsuali* avrebbe imposto, allora, di retrodatare gli effetti della sopravvenuta dichiarazione di fallimento ad un'epoca anteriore al sequestro. Ne sarebbe conseguita la possibilità di ricondurre la vicenda al principio che riconosce la legittimazione del curatore ad agire contro i vincoli penali apposti su beni già entrati nell'attivo fallimentare.

Anche questa proposta è stata respinta dalle Sezioni Unite.

Il principio di consecuzione, dice in sostanza il Collegio, risponde all'esclusiva finalità di individuare gli atti depauperativi della massa fallimentare passibili di revocatoria ai sensi dell'art. 67 l. fall., come risulta dal dato testuale dell'art. 69-*bis*, comma secondo, l. fall., a termini del quale, nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini previsti per l'individuazione degli atti dispositivi soggetti ad azioni revocatorie, in quanto compiuti in un determinato periodo antecedente la declaratoria di fallimento, decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese. In questa limitata accezione il principio è costantemente inteso dalle sezioni civili della Corte (**Sez. 1 civ., n. 15724 del 11/06/2019, Rv. 654456**; Sez. 1 civ., n. 25728 del 14/12/2016, Rv. 642756; Sez. 1 civ., n. 5924 del 14/03/2016, Rv. 639058; Sez. 1 civ., n. 2335 del 17/02/2012, Rv. 621348).

E' la stessa giurisprudenza civilistica poi ad escludere l'assimilazione del concordato preventivo al fallimento, ai fini che qui interessano, quando afferma che il debitore ammesso al concordato preventivo subisce uno *spossessamento attenuato* dei suoi beni, nel senso che di essi mantiene non solo la proprietà, ma anche l'amministrazione e la disponibilità, sia pure con le limitazioni proprie di

¹³¹ V. G.P. ACCINNI – S. BIGNAZZI, Il fallimento della società e la confisca ex art. 19 d. lgs. 231/2001: profili applicativi alla luce anche della recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 11170 depositata in data 17 marzo 2015, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, 2, p. 40.

quella particolare procedura concorsuale (Sez. 5 civ., n. 4728 del 25/02/2008, Rv. 602013; Sez. 5 civ., n. 6211 del 16/03/2007, Rv. 597037).

La consapevolezza di questo dato induce, in ambito penale, l'affermazione per la quale «È legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente dei beni mobili ed immobili nella disponibilità dell'unico socio di una società ammessa al concordato preventivo, atteso che il debitore conserva l'amministrazione e la disponibilità dei beni nell'ambito della procedura» (Sez. 3, n. 13996 del 08/02/2012, Verlato, Rv. 252618 – 01)¹³².

Rebus sic stantibus, non v'è margine di estensione *analogica* del principio affermato dalla giurisprudenza *Amista* al caso di sequestro successivo alla pubblicazione della domanda di ammissione al concordato preventivo:

«Proprio il passaggio dell'amministrazione e della disponibilità dei beni del fallito da quest'ultimo alla curatela, per effetto della dichiarazione di fallimento, costituisce infatti [...] il presupposto dell'orientamento che attribuisce al curatore la legittimazione all'impugnazione dei provvedimenti di sequestro disposti successivamente a quella declaratoria; in mancanza del quale vengono meno i requisiti per il riconoscimento di tale legittimazione, secondo l'orientamento indicato, relativamente ai provvedimenti di sequestro emessi precedentemente alla dichiarazione di fallimento pur se di seguito a una pregressa domanda di ammissione del fallito al concordato preventivo, la quale non attribuisce alla curatela quel potere di fatto sui beni sequestrati che ne giustificerebbe la facoltà di impugnazione. Anche per il caso in esame, nel quale ricorrono le condizioni appena descritte, il principio affermato nella sentenza *Uniland*, pur se precisato dalla successiva giurisprudenza di cui si è detto, escluderebbe pertanto la legittimazione della curatela all'impugnazione che ha dato luogo all'ordinanza oggetto del ricorso in discussione».

¹³² La decisione *Verlato* (relativa ad un sequestro disposto per i reati tributari previsti dagli artt. 2 e 10-*quater* del d. lgs. n. 74 del 2000), applicando lo schema *funzionalista* inaugurato dal precedente *Focarelli*, si soffermava, in motivazione, oltre che sull'effetto di *spossessamento attenuato* realizzato dal concordato preventivo, su ulteriori caratteristiche operative dell'istituto: la sua precarietà, essendo il concordato «susceptibile di risoluzione per inadempimento»; il rischio di successivo «accertamento della dissimulazione di parte dell'attivo, di omessa dolosa denuncia di uno o più crediti o di esposizione di passività inesistenti, che può condurre alla revoca del concordato stesso travolgendo qualsiasi ipotesi di accordo iniziale con i creditori». Né – aggiungeva la Corte – avrebbe offerto sufficienti garanzie l'omologazione giudiziale del concordato, posto che il perimetro di controllo demandato al Tribunale non comprendeva allora neppure «l'accertamento di fattibilità dell'accordo intervenuto tra il debitore e i creditori» (sul punto è richiamata sez. I civ., 16 settembre 2011, n. 18987, Rv. 619727).

5. Le fratture più profonde: il riconoscimento della legittimazione del curatore a impugnare anche sequestri disposti prima del fallimento.

Non sono mancati segnali di più radicale rottura con il principio dettato nel 2014, pronunce nelle quali, cioè, si ammise che, a prescindere dal rapporto cronologico tra sequestro e fallimento, occorre verificare in concreto l'interesse del curatore, quale soggetto deputato all'amministrazione dei beni, a chiedere la revoca o ad impugnare il provvedimento cautelare (Sez. 3, n. 37439 del 07/03/2017, Cosentino; **Sez. 6, n. 37638 del 13/02/2019, Fallimento Radio Tele Europa s.r.l.**; **Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018 – dep. 2019, Casa di cura Trusso s.p.a., Rv. 275453**; Sez. 3, n. 47737 del 24/09/2018, Fallimento Paninvest s.p.a., Rv. 275438; Sez. 3, n. 45578 del 6/06/2018, Fallimento Laziale RE.MA.PRI. s.n.c.).

Alcune di queste pronunce riguardavano, invero, ipotesi particolari.

Nel caso *Laziale RE.MA.PRI di Mencattini Floriano & c. s.n.c.*, per esempio, veniva in gioco la carenza del *titolo genetico* dell'apprensione: gli immobili caduti in sequestro appartenevano alla società, mentre il dispositivo di sequestro per equivalente menzionava i soli beni immobili e mobili registrati della persona fisica indagata. Ed allora la Corte ha ritenuto "*del tutto esistente*" la legittimazione del curatore «perché i beni, ove effettivamente vi sia l'assenza del titolo genetico, sono stati illegittimamente sottratti alla massa fallimentare e vi sarebbero entrati ove non fosse stato illegittimamente eseguito il sequestro».

Nel caso *Fallimento Paninvest s.p.a.*, veniva in gioco la necessità per il curatore di dare esecuzione ad una sentenza passata in giudicato di revocatoria fallimentare, che aveva disposto la restituzione al fallimento di beni formalmente intestati ad una società *schermo*. Tale decisione, a giudizio della Corte, fondava di per sé il diritto del curatore alla restituzione dei beni, a termini dell'art. 322 cod. proc. pen.

Al di là della peculiarità dei casi, era però inequivocabile nella motivazione di queste e delle altre pronunce ascrivibili al medesimo filone *un dissenso di metodo* (ora dissimulato, ora più esplicito) rispetto al ragionamento svolto nella sentenza n. 11170 del 2015.

6. La questione rimessa alle Sezioni Unite nel 2019 e la lettura dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen.

Il tenore delle ultime decisioni richiamate nel paragrafo precedente è risultato evidentemente troppo stridente con il principio enunciato dalla sentenza *Uniland* e perciò la Terza Sezione¹³³ ha rimesso alle Sezioni Unite la questione vertente sul «Se il curatore fallimentare sia legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale *quando il vincolo penale sia stato disposto prima della dichiarazione di fallimento*».

La rimessione è avvenuta ai sensi dell'art. 618-comma 1-bis, cod. proc. pen., disposizione introdotta dall'art. 1, comma 66, legge 23 giugno 2017, n. 103, che impone la re-investitura del Collegio nomofilattico, ogniqualvolta una sezione della corte ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato in precedenza dal medesimo organo.

La sezione remittente condivideva evidentemente l'indirizzo secondo il quale l'ipotesi di rimessione obbligatoria deve trovare applicazione anche con riferimento ai principi enunciati in decisioni intervenute prima dell'entrata in vigore della nuova disposizione¹³⁴.

Implicitamente aderendo a questa lettura, la decisione *Fall. Mantova Petroli* aggiunge che la necessità di propiziare il nuovo intervento nomofilattico non viene meno nel caso in cui il precedente *dictum* investa un tema che – come nel caso di specie - non costituiva diretto oggetto della questione interpretativa in precedenza devoluta. Quello che conta è che, sia pure «nello sviluppo dell'argomentazione», il precedente abbia fornito una «precisa indicazione di principio», «nell'ottica del cui superamento si giustifica la rimessione della relativa questione secondo la previsione dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen.» (pag. 8 del *considerato in diritto*).

7. Le ragioni del cambio di rotta.

Il percorso motivazionale del Collegio può essere strutturato secondo una scansione che ricalca la tematizzazione dottrinarie della questione.

Era comune ai diversi commentatori della sentenza *Uniland* l'individuazione dei seguenti nodi critici:

a) l'amputazione interpretativa dei dati testuali degli artt. 322, 322-bis, 325 cod. proc. pen.;

b) la sostanziale sottovalutazione dei *munera ad officium* conferiti dalla legge fallimentare al curatore e della loro incidenza sul tema della sua abilitazione ad

¹³³ Ord. n. 22602 del 16/04/2019.

¹³⁴ Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273549-01.

avversare il sequestro;

c) l'inconsistenza del "dubbio" palesato dalle Sezioni Unite del 2014 sull'interesse concreto e giuridicamente tutelabile del curatore ad impugnare.

7.1. La centralità degli artt. 322, 322-*bis* e 325 cod. proc. pen. e la *distinta fisionomia* dell'*avente diritto alla restituzione*.

E' determinante, nel ragionamento sviluppato dalla sentenza *Mantova Petroli*, il dato certo di carattere normativo desumibile dalle norme processuali dedicate specificamente al tema dell'impugnazione dei provvedimenti cautelari reali, a partire da quella che regola l'appello avverso le ordinanze di sequestro preventivo (art. 322-*bis* cod. proc. pen.), la procedura sulla quale si era innestato il ricorso *de quo*.

La disposizione attribuisce la legittimazione - oltre che al pubblico ministero, all'imputato e al suo difensore – anche alla «persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione». Nello stesso modo si esprimono l'art. 322, in materia di riesame del decreto di sequestro preventivo e l'art. 325, a proposito del ricorso per cassazione avverso le ordinanze che decidono nelle procedure di riesame e di appello.

Da questa formulazione – dice la Corte - risulta evidente la non sovrapponibilità della categoria soggettiva “*persona alla quale le cose sono state sequestrate*” a quella “*persona che avrebbe diritto alla loro restituzione*”.

Si tratta di «soggetti diversi e non coincidenti. L'avente diritto alla restituzione, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, può essere individuato in una persona diversa da quella cui il bene è stato sequestrato (Sez. 2, n. 51753 del 03/12/2013, Casella, Rv. 257359; Sez. 2, n. 39247 del 08/10/2010, Gaias, Rv. 248772)». La sua *distinta fisionomia* è chiaramente definita dalle decisioni che lo individuano quale soggetto portatore di un proprio interesse meritevole di tutela (Sez. 6, n. 2599 del 27/05/1994, Della Volta, Rv. 199051), che può discendere anche da un rapporto di fatto con il bene, non essendo necessaria la titolarità del diritto reale che, invece, caratterizza la nozione di «persona alla quale le cose sono state sequestrate».

Si è per tal via riconosciuta la legittimazione a impugnare dei possessori e dei detentori qualificati dei beni caduti in sequestro, come il conduttore di un immobile (Sez. 3, n. 26196 del 22/04/2010, Vicidomini, Rv. 247693) o il promissario acquirente già immesso nel possesso del bene (Sez. 3, n. 42918 del 22/10/2009, Soto, Rv. 245222).

7.2. Il curatore fallimentare titolare di una disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata dei beni fallimentari. Conseguenze in tema di opponibilità del giudicato cautelare.

Alla tipologia di rapporto appena definita appartiene la relazione del curatore con i beni del fallimento, quale si può desumere dalle disposizioni della legge fallimentare che ne definiscono la missione istituzionale e le prerogative.

La giurisprudenza civilistica del resto – notano le Sezioni Unite - qualifica esplicitamente il curatore come detentore dei beni del fallimento (Sez. 2 civ., n. 16853 del 11/08/2005, Rv. 585055). E si tratta senz'altro di una detenzione qualificata, anche per il carattere pubblicistico della funzione per la quale la stessa è attribuita.

E' inevitabile il richiamo degli artt. 42, comma 1 e 43 l. fall.

In altre decisioni anticipatrici della svolta si erano individuati ulteriori referenti normativi negli artt. 31, 51 e 240 l. fall.:

«Più in particolare, il curatore, che cumula la legittimazione ad agire che gli deriva dalla gestione patrimoniale degli affari del fallito e la legittimazione ad agire che gli deriva dalla rappresentanza degli interessi patrimoniali dei creditori che, ai sensi dell'art. 51 l. fall., non possono iniziare o proseguire azioni esecutive individuali, ma devono sottoporre la loro pretesa all'accertamento degli organi fallimentari secondo le regole proprie del concorso, è un soggetto che: a) ai sensi dell'art. 31 l. fall., ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite, stando in giudizio con l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che in alcuni casi specificati dalla legge; b) ai sensi dell'art. 42 l. fall., a seguito della sentenza che dichiara il fallimento, ha l'amministrazione e la disponibilità dei beni del fallito esistenti alla data della dichiarazione di fallimento, a meno che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non abbia rinunciato alla relativa acquisizione; c) ai sensi dell'art. 43 l. fall., sta in giudizio nelle controversie, anche in corso, relative ai rapporti patrimoniali del fallito, il quale può intervenire in giudizio personalmente solo per le questioni dalle quali può dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico o se l'intervento è previsto dalla legge (o, va aggiunto, se il curatore ha mostrato disinteresse rispetto a quella lite, per esempio l'impugnativa di un avviso di accertamento tributario o di una cartella esattoriale); d) ai sensi dell'art. 240 l. fall. può costituirsi parte civile nel procedimento per bancarotta fraudolenta a carico del fallito con la puntualizzazione che, laddove abbia manifestato il relativo disinteresse, alla costituzione possono provvedere i creditori in proprio, i quali hanno sempre e comunque una legittimazione autonoma allorquando intendano far valere un titolo di azione propria personale» (Sez. 3, n. 37439 del 07/03/2017,

Cosentino; ripresa da Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018, Casa di cura Trusso s.p.a. in liquidazione, Rv. 275453).

Quello che conta però è la sottolineatura della strumentalità dell'acquisizione della disponibilità dei beni del fallito da parte degli organi della procedura fallimentare e la funzione di amministrazione della massa attiva nella prospettiva della conservazione della stessa ai fini della tutela dell'interesse dei creditori e la connessione tra il profilo sostanziale e quello processuale della rappresentanza in giudizio, *ex art. 43 l. fall.*, dei rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento (Sez. 2 civ., n. 11737 del 15/05/2013, Rv. 626734).

Si tratta di affermazioni in piena sintonia con la dottrina, che aveva sottolineato come l'impropria esaltazione del profilo dominicale avesse determinato nel 2014 la svalutazione degli, invece decisivi, *munera* gestori del curatore:

«[...] contrariamente a quanto affermato [dalle sentenze Uniland e n. 23388/16, n.d.e.], sarebbero proprio il ruolo svolto dal curatore e le funzioni a questo connesse a fondare la sua legittimazione ad impugnare il provvedimento cautelare. Tale legittimazione sarebbe infatti collegata a quelli che – come pacificamente riconosciuto – sono i suoi poteri/doveri di gestione e di amministrazione del patrimonio fallimentare, non dovendo essere confuso con il diritto da cui gli deriva la titolarità dei beni del fallimento o con la rappresentanza degli interessi dei singoli creditori. Il ruolo del curatore ha ad oggetto la gestione dei beni dell'attivo fallimentare nell'interesse della procedura e si svolge sotto il controllo del giudice delegato e del comitato dei creditori, così come stabilito dalla disciplina di riferimento contenuta negli artt. 31 e 43 l. fall. Proprio in virtù di tale ruolo, quindi, il curatore può e deve disporre dei beni fallimentari nell'interesse dei creditori concorsuali, ancorché sotto la vigilanza [...]. L'apposizione del vincolo cautelare sui beni fallimentari, lungi dal rafforzare la garanzia dei creditori, che anzi ne risultano danneggiati, impedisce quindi al curatore lo svolgimento di quella funzione gestionale oggetto del suo ruolo pubblico. Il sequestro priva infatti il curatore della possibilità di disporre dei beni fallimentari e quindi di amministrare nei termini descritti, così ledendo il suo diritto/dovere di derivazione pubblicistica. [...]. L'interesse del curatore ad impugnare sarebbe pertanto legato al carattere gestorio del suo ruolo e alla situazione di stallo determinata dall'apposizione del vincolo reale, lesivo del diritto alla ripartizione *pro quota* dell'attivo vantato dai creditori concorsuali»¹³⁵;

«[...] la legittimazione del curatore a partecipare al procedimento incidentale

¹³⁵ D. PAGANI, *op. cit.*, p. 14 ss.

cautelare [...] deriva non già dal riconoscimento a tale organo della qualità, prevista dall'art. 19 d. lgs. n. 231 del 2001, di terzo titolare di diritti acquisiti in buona fede (qualità eventualmente facente capo al creditore), ma dalla funzione esercitata nella procedura concorsuale»¹³⁶.

Discende logicamente da questo passaggio argomentativo un'ulteriore conseguenza.

Uno dei motivi di ricorso contestava il passaggio della decisione impugnata nel quale il Tribunale, investito dalla curatela in sede d'appello cautelare, riteneva precluse alcune questioni, per essersi sulle stesse già espresso in un provvedimento, non impugnato, emesso a seguito del riesame proposto dal legale rappresentante della società, riesame al quale la curatela era rimasta estranea.

L'autonomia della legittimazione del curatore e delle sue ragioni sostanziali – dice la Corte (§ 10) – impedisce una tale soluzione:

«Una volta ritenuta l'autonoma legittimazione della curatela all'impugnazione dei provvedimenti in materia di sequestro, la decisione sull'istanza di riesame del sequestro proposta dalla Mantova Petroli, pronunciata in un giudizio al quale la curatela era estranea, non può considerarsi in alcun modo preclusiva dell'impugnazione del curatore, intesa a far valere le diverse ragioni attinenti al rapporto fra il vincolo penale sotteso al sequestro e quello derivante dalla procedura fallimentare, evidentemente estranee al giudizio di riesame attivata dalla società dichiarata fallita».

7.3. L'interesse concreto del curatore a contrastare il sequestro.

E' a questo punto aperta la strada per il superamento del dubbio palesato dalla decisione *Uniland* sulla configurabilità di un interesse concreto del curatore a reagire all'imposizione del sequestro penale.

«E' assai dubbio – si leggeva nei passaggi finali della motivazione - che il curatore fallimentare possa avere un interesse concreto giuridicamente tutelabile ad opporsi ai provvedimenti di sequestro e confisca, perché la massa fallimentare, la cui integrità il curatore è tenuto a garantire, non subisce alcun pregiudizio da tali provvedimenti, in quanto lo Stato, come si è posto in evidenza, potrà far valere il suo diritto sui beni sottoposti a vincolo fallimentare, salvaguardando i diritti riconosciuti ai creditori, soltanto a conclusione della procedura».

L'osservazione rivelava l'approccio *ideologico*, secondo il quale «i due vincoli possono coesistere e [...] l'uno non ostacola l'altro, anzi, sotto certi profili, si può

¹³⁶ M. BONTEMPELLI, Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore, in Arch. pen. online, 2015, n. 3, p. 14.

dire che il sequestro prima e la confisca poi tutelano in misura rafforzata gli interessi del ceto creditorio» (pag. 23).

Per le Sezioni Unite del 2019, al contrario, proprio la circostanza che il curatore «si appalesa anche in termini di fatto come l'unico soggetto destinatario dell'eventuale restituzione del bene, nelle sue funzioni di rappresentanza del fallimento e di amministrazione del relativo patrimonio» e che a lui faccia capo la funzione di salvaguardia della massa fallimentare «non consente [...] di escludere l'attualità di un siffatto interesse nella rimozione di vincoli comunque potenzialmente incidenti sulla valutazione della consistenza patrimoniale dell'attivo».

Sembrano così convalidate dall'ultima pronuncia alcune proposizioni dell'ordinanza di rimessione e di quella giurisprudenza che, discostandosi dalle affrettate generalizzazioni della decisione Uniland, aveva propugnato un metodo di verifica caso per caso, alla stregua del quale ben potevano darsi casi nei quali il curatore fosse l'unico soggetto concretamente interessato a contrastare il sequestro.

Nell'esposizione delle *ragioni di dissenso* dal principio Uniland, la Terza Sezione segnalava che il mancato riconoscimento della legittimazione ad impugnare del curatore priva il ceto creditorio di concreta tutela «quando il sequestro grava su beni in relazione ai quali è ragionevole contestare la legittimità di una eventuale confisca» e che ad una tale contestazione il debitore potrebbe non essere in concreto interessato, «ad esempio, perché gravato da enormi passività», con la conseguenza che «l'insussistenza dei presupposti per disporre l'ablazione sarebbe rimessa esclusivamente al rilievo officioso del giudice».

Nella decisione Sez. 3, n. 37439 del 07/03/2017, Cosentino (v. *supra* par. 5) si legge: «Quanto all'interesse ad impugnare, l'idea secondo la quale l'interessato coincida sempre con l'indagato o con la società fallita è tutta da verificare in concreto, perché, allorquando sui beni siano apposti plurimi vincoli, è ben possibile che l'indagato non abbia alcun interesse, mentre la curatela ne abbia molteplici, sicché negarle seccamente la legittimazione, sulla base di una tralaticia applicazione del principio della sentenza Uniland finisce per negare la tutela dell'avente diritto. Per contro, generalizzare la legittimazione del curatore all'impugnativa, negandola all'indagato o al legale rappresentante della società fallita pure conduce ad un diniego di tutela quando la curatela abbia dimostrato disinteresse per quell'azione giudiziale».

In Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018, Casa di cura Trusso s.p.a. in liquidazione, Rv. 275453 (pag. 6 s.) si osservava poi che la salvaguardia delle esigenze di tutela della massa fallimentare, ove si fosse optato per la pedissequa applicazione del principio Uniland, «potrebbe essere rimessa alla non certa volontà ora

dell'indagato ora, laddove si tratti di persona diversa, di colui che era il legale rappresentante della società fallita (il cui interesse alla conservazione della integrità della massa fallimentare è, tuttavia, assai meno pressante di quello riscontrabile in capo al soggetto incaricato di gestirla e di portarla, nella misura più ricca possibile, al soddisfacimento, all'esito della procedura concorsuale, delle istanze restitutorie del "ceto creditorio") anche nel caso in cui il provvedimento cautelare reale fosse stato, in ipotesi, emesso in assenza delle condizioni, delle forme e nella misura che lo avrebbero potuto giustificare e, pertanto, anche nel caso in cui lo stesso fosse del tutto illegittimo».

Il principio del diniego generalizzato della legittimazione del curatore – si aggiungeva - doveva confrontarsi con l'ipotesi concreta che non fosse chiaramente ravvisabile «un reale interesse nei soggetti ritenuti legittimati ad impugnare la misura, considerato che costoro non si gioverebbero, o comunque si gioverebbero solo in via subordinata rispetto al fallimento, dell'eventuale accoglimento della loro richiesta impugnatoria».

7.3.1. Le disfunzioni superate dalla decisione *Mantova Petroli*.

Il rifiuto della pregiudiziale esclusione di un interesse del curatore ad agire contro il sequestro penale disposto sui beni già entrati o suscettibili di essere attratti all'attivo fallimentare risolve le gravi aporie logiche e funzionali segnalate dalla dottrina.

Si era osservato che l'esclusione di una tutela *preventiva* dei beni che dovrebbero poi essere attratti nell'attivo e la conseguente estromissione del curatore dal rimedio cautelare innescava un *circolo vizioso*:

«Basti pensare come l'assoggettamento dei beni del fallito al sequestro precluda la loro vendita e dunque la trasformazione della massa attiva in somme di denaro da ripartire ai creditori all'esito della liquidazione. *In altre parole, è impedito, dalla cautela reale, così come dalla sanzione della confisca, lo stesso verificarsi della circostanza che, secondo la pronuncia annotata, funge da presupposto affinché scatti in capo ai creditori la titolarità di diritti tutelabili in sede penale, oltre che in sede concorsuale.* Anche in vista della tutela dei suddetti interessi della massa dei creditori opera il curatore fallimentare. Questa figura, in qualità di parte, ancorché *sui generis*, del procedimento concorsuale, esercita poteri (processuali) preordinati alla tutela "finale" dei singoli creditori. Tali situazioni soggettive sono accertate tramite la procedura concorsuale e, per essere soddisfatte, richiedono di essere garantite nella sede penale, per così dire, in via preventiva, attraverso la eliminazione dei vincoli giuridici che, come il

sequestro, risultano idonei a pregiudicare il riparto dell'attivo fallimentare»¹³⁷.

I risvolti disfunzionali della soluzione si avvertivano particolarmente nel caso di sequestro di aziende e compendi produttivi, quando si fosse configurata l'opportunità di proseguire l'attività ai sensi dell'art. 104 l. fall.

La sentenza Uniland prefigurava, per tale ipotesi, l'applicazione della disposizione prevista dall'art. 53, comma 1-*bis*, d. lgs. n. 231 del 2001, secondo la quale in caso di sequestro (*ex* art. 19 del decreto citato) di società, aziende e beni il custode amministratore giudiziario ne consente l'utilizzo e la gestione agli organi societari esclusivamente al fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali, concludendo: «Ebbene, quando la società venga dichiarata fallita e gli organi societari vengano sostituiti nella gestione patrimoniale dal curatore fallimentare, è a quest'ultimo che il custode giudiziario consentirà l'utilizzo e la gestione dei beni aziendali; il curatore, che tra i suoi compiti ha anche quello di preservare il patrimonio societario, gestirà lo stesso secondo le norme previste dalla legge fallimentare» (p. 25).

Ora la soluzione immaginata, quand'anche giuridicamente praticabile¹³⁸, avrebbe comportato «un'anomala subordinazione del curatore fallimentare rispetto al custode giudiziario nominato in sede di sequestro preventivo, con tutta una serie di potenziali conflitti anche tra le diverse decisioni, in merito alle modalità ed alla prosecuzione della gestione, che potrebbero insorgere tra il giudice penale che ha disposto il sequestro ed il giudice delegato che sovrintende alla procedura fallimentare»¹³⁹.

Ma, in realtà, anche nell'ipotesi in cui ricada sul denaro, il sequestro determina un blocco della procedura concorsuale, che il curatore avrebbe il dovere di scongiurare. Anche in questo caso, infatti, «sussiste l'interesse ad eliminare un vincolo che, precludendo la soddisfazione dei creditori in seguito al riparto dell'attivo, impedisce il raggiungimento di uno degli obiettivi della procedura

¹³⁷ M. BONTEMPELLI, Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore, in Arch. pen. online, 2015, n. 3, p. 12 ss. Pressoché identici gli argomenti di G.P. ACCINNI – S. BIGNAZZI, Il fallimento della società e la confisca *ex* art. 19 d. lgs. 231/20018: profili applicativi alla luce anche della recente pronuncia delle Sezioni Unite n. 11170 depositata in data 17 marzo 2015, in La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, 2015, 2, p. 40.

¹³⁸ Ne dubitava D. BIANCHI, *op. cit.*, p. 2000, secondo il quale «l'art. 53, comma 1-bis d. lgs. n. 231, nonostante il diverso avviso della Cassazione riunita, non sembrerebbe nemmeno consentire un simile ritirarsi dell'amministrazione custodiale in favore di quella curatoriale, poiché la disposizione prevede che il custode giudiziale permetta "l'utilizzo e la gestione agli organi societari esclusivamente al fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali", col che il sequestro preventivo parrebbe determinare implacabilmente la paralisi dell'iter fallimentare, essendo arduo identificare il curatore con gli organi societari e, soprattutto, essendo impossibile identificare una procedura liquidatoria qual è il fallimento con un'attività finalizzata a "garantire la continuità e lo sviluppo aziendali"».

¹³⁹ P. DI GERONIMO, *op. cit.*, p. 3047.

concordiale. Il pagamento dei creditori rientra tra i compiti del curatore fallimentare»¹⁴⁰.

E comunque restava incongrua la differente valutazione, nella pronuncia del 2014, del ruolo dei creditori *uti singuli* e del curatore che rappresenta la *par condicio*¹⁴¹; ed era evidente la farraginosità del meccanismo che imponeva ai creditori concordiali di fare i conti con due procedure che «dovrebbero sostanzialmente rincorrersi reciprocamente, avendo l'una conseguenze sull'altra»¹⁴².

7.4. Le conclusioni delle Sezioni Unite e l'art. 320 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Una volta abbattuti i cardini argomentativi del *dictum* precedente, la conclusione delle Sezioni Unite non può che essere quella dell'incondizionato riconoscimento della legittimazione dell'organo fallimentare. Non ha fondamento – dice la Corte – la limitazione della legittimazione del curatore alle impugnazioni riguardanti beni sequestrati successivamente alla dichiarazione di fallimento, prospettata dall'indirizzo giurisprudenziale formatosi successivamente alla sentenza Uniland.

«La legittimazione all'impugnazione del curatore, in quanto derivante dalla sua posizione di soggetto avente diritto alla restituzione dei beni sequestrati, investe necessariamente la totalità dei beni facenti parte dell'attivo fallimentare. Ciò corrisponde peraltro al dato normativo rinvenibile nel già rammentato contenuto dell'art. 42 legge fall., per il quale la dichiarazione di fallimento, privandone il fallito, conferisce alla curatela la disponibilità di tutti i beni di quest'ultimo esistenti alla data del fallimento; e quindi anche di quelli già sottoposti a sequestro. Non può pertanto essere impedito al curatore di far valere le ragioni della procedura fallimentare con riguardo a tali beni, essi pure facenti parte dell'attivo fallimentare entrato nella disponibilità della curatela, avverso il vincolo apposto sugli stessi».

La soluzione recepisce l'auspicio formulato in un'annotazione dell'ordinanza di

¹⁴⁰ M. BONTEMPELLI, Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore, cit., p. 14.

¹⁴¹ F. CERQUA, *Le Sezioni Unite precisano i rapporti tra il sequestro preventivo a carico degli enti ed il fallimento*, in *Il fallimento*, 2016, 2, p. 193 osservava «Non si comprendono le ragioni per cui, a fronte della legittimazione riconosciuta ai terzi creditori, in forza dell'assegnazione dei beni al fallito, in sede concordiale, analoga legittimazione non venga riconosciuta al curatore fallimentare. Al curatore, infatti, pur organo terzo rispetto ai creditori, dei quali non ha la rappresentanza, spetta la funzione di proteggere gli interessi della massa dei creditori. Ne deriva, pertanto, che per procedere alla liquidazione dell'attivo, il curatore deve ottenere dal giudice penale la cessazione del vincolo cautelare sui beni. In quest'ottica, la legittimazione del curatore a partecipare al procedimento pare derivare [...] dalla funzione esercitata nella procedura concordiale».

¹⁴² A. DELLO RUSSO, Rapporti tra confisca per equivalente e procedura fallimentare, in Arch. pen. online, 2015, n. 1, p. 4.

rimessione, nella quale si raccomandava un riassetto ermeneutico conformato al principio di proporzionalità e al bilanciamento assiologico imposto dalla materia, tale da rifuggire da qualsiasi generalizzazione categoriale, apparendo «non risolutivo il criterio temporale riferito alla dichiarazione di fallimento, dal momento che i mezzi di impugnazione previsti dal codice di rito, nel far riferimento alla "persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione" sono a disposizione di chiunque sia titolare di una situazione giuridicamente protetta, coincidente non solo con un diritto soggettivo assoluto, ma anche con un rapporto di fatto tutelato dal diritto e comunque rilevante ai fini del giudizio»¹⁴³.

Ed è perciò comprensibile che la sentenza *Mantova Petroli* abbia riscosso l'adesione dei suoi primi commentatori¹⁴⁴.

Nel loro incedere, le Sezioni Unite implicitamente disattendono una possibile ragione di conservazione del principio dettato dalla sentenza del 2014, una ragione collegata alla cennata disposizione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Nella decisione **Sez. 2, n. 27262 del 16/04/2019, Curatela Fallimento Eurocoop Società Cooperativa in liquidazione, Rv. 276284-01** si era osservato che, se è vero che la nuova disposizione palesa l'insoddisfazione del legislatore per «l'attuale consolidato assetto giurisprudenziale», è anche vero che di tale innovativa previsione non vi sarebbe stato bisogno se già il quadro normativo attuale consentisse al curatore di agire. E perciò, pur riconoscendone i limiti («il provvedimento cautelare non sarebbe più passibile di impugnazione, mancando nel fallito la disponibilità dei beni e l'interesse ad agire»), la Seconda Sezione non aveva ritenuto che ciò costituisse ragione sufficiente «per discostarsi dal consolidato orientamento di questa Corte».

Le Sezioni Unite non hanno temuto di *anticipare* l'entrata in vigore della nuova disposizione, ritenendo evidentemente che essa non rappresenta una reale novità ma un chiarimento di quanto già desumibile dalla lettura sistematica delle norme vigenti¹⁴⁵.

¹⁴³ F. MAZZACUVA, La Cassazione torna sul rapporto tra sequestri/confische e procedure concorsuali: rimessa alle Sezioni unite la vexata quaestio della legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare i provvedimenti cautelari reali, in *penalecontemporaneo.it*, 2 luglio 2019, § 6.

¹⁴⁴ E. GRISONICH, Il cambio di rotta delle Sezioni Unite: riconosciuta la legittimazione del curatore a proporre l'istanza di revoca e le impugnazioni in materia cautelare reale, in *Sist. pen.*, 3 dicembre 2019; M. MANISCALCO, Della legittimazione del curatore a chiedere la revoca del sequestro preventivo, in *Il fallimentarista.it*, 18 dicembre 2019.

¹⁴⁵ Nella decisione **Sez. 2, n. 38573 del 17/05/2019, Mediterranea s.p.a., Rv. 277396**, emessa prima della sentenza *Mantova Petroli*, la Corte, nel riconoscere la legittimazione del curatore ad impugnare un sequestro di prevenzione, afferma che l'art. 320 CCII non fa che confermare «la correttezza della

8. La legittimazione del curatore a impugnare il sequestro di prevenzione.

La sentenza **Sez. 2, n. 38573 del 17/05/2019, Mediterranea s.p.a., Rv. 277396** afferma, nel diverso ambito del procedimento di prevenzione patrimoniale, un principio analogo a quello affermato, con riferimento al sequestro penale, dalla decisione *Mantova Petroli*: «In tema di misure di prevenzione patrimoniali, il curatore fallimentare, quale organo titolare di una funzione pubblica, è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro eseguito dopo la dichiarazione di fallimento su beni appartenenti alla massa attiva, in quanto tale misura, avendo natura provvisoria, può essere in tutto o in parte annullata o revocata, così consentendo al curatore di recuperare la potestà gestoria sui beni stessi».

Nella motivazione si valorizza la funzione istituzionale del curatore, mettendo in luce alcuni aspetti peculiari della disciplina del d. lgs. 6 novembre 2011, n. 159, quale risulta dalla modifica introdotta con d. lgs. 17 ottobre 2017, n. 161.

Al decreto del 2017 si deve anzitutto l'introduzione dell'autonoma impugnabilità del sequestro di prevenzione, nel testo dell'art. 27 d. lgs. cit., che oggi annovera tra i provvedimenti impugnabili anche quelli con i quali il tribunale dispone l'*applicazione del sequestro*, mentre prima menzionava i soli provvedimenti dispositivi della confisca e quelli che revocano la misura cautelare.

Lo stesso provvedimento ha poi apportato significative modifiche agli artt. 63 e 64 del Codice antimafia, le norme dedicate alla disciplina dei rapporti tra il sequestro di prevenzione e le procedure concorsuali, che distinguono il caso della dichiarazione di fallimento successiva al sequestro (art. 63), da quello della dichiarazione anteriore (art. 64).

Le innovazioni valorizzate dalla decisione consistono, in particolare, nell'inserzione, sia nell'una che nell'altra disposizione (art. 64, comma 1 e 63, comma 6), di una necessaria interlocuzione del giudice fallimentare con il curatore e con il comitato dei creditori, prima dell'adozione dei provvedimenti intesi ad assicurare l'esecuzione del sequestro di prevenzione.

Con particolare riferimento alla previsione dell'art. 64 (confacente al caso di specie, nel quale si trattava di sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento), la Corte ha osservato che la previsione di un'obbligatoria finestra di ascolto del curatore ("sentito il curatore"), prima che il giudice delegato possa disporre la separazione dei beni in sequestro dalla massa attiva del fallimento, ha il senso «di sottolineare la funzione pubblica del curatore medesimo, che sviluppa una interlocuzione ritenuta necessaria con gli altri organi del fallimento ai fini

soluzione adottata con la presente sentenza, rispondendo all'esigenza di renderla più chiara ed esplicita, non soggetta ad incertezze esegetiche».

dell'individuazione dei beni da conferire all'amministratore delle procedure di prevenzione».

La *ratio* di tali modifiche si ricollega dunque alla «funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia» già riconosciuta al curatore dai precedenti sopra richiamati.

Ed è a tali disposizioni che bisogna guardare quando si tratti del sequestro, anziché a quella dell'art. 52 dello stesso Codice antimafia, impropriamente richiamata dal giudice territoriale nell'ordinanza impugnata, ove si negava la legittimazione del curatore sul presupposto che «lo strumento a garanzia dei creditori, se la massa fallimentare coincide con i beni sottoposti al sequestro, è [...] il subprocedimento di cui agli art. 52 ss. d.lgs. n. 159/2011, in virtù del quale il Tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, dichiara chiuso il fallimento, con possibilità per i creditori di essere soddisfatti davanti al Giudice della prevenzione, previa verifica della loro buona fede e del carattere non strumentale dei crediti all'attività illecita». Un'affermazione che riecheggia la tesi del realizzo differito dei diritti dei creditori, enunciata dalla decisione *Uniland* (espressamente citata nell'ordinanza impugnata) per pervenire ad analogo esito.

In realtà, osserva la Seconda sezione, l'art. 52 cit. è norma che attiene alla confisca e che non si presta a regolare il tema dell'impugnazione del sequestro «che, in quanto misura cautelare, e quindi provvisoria, può anche essere in tutto o in parte revocata o annullata, facendo con ciò recuperare al curatore, nel coordinamento con gli altri organi del fallimento, la potestà gestoria sui beni della massa fallimentare».

Neppure è appropriata la citazione della decisione *Uniland*, avuto riguardo sia alla diversità dei contesti (procedimento all'ente *versus* procedimento di prevenzione); sia alla circostanza che lo stesso principio *Uniland* è declinato dalla giurisprudenza successiva nel senso di non precludere la legittimazione del curatore nel caso di sequestro intervenuto, come nel caso di specie, dopo la dichiarazione di fallimento (la sentenza *Mediterranea s.p.a.* riprende la massima della succitata decisione *Amista*).

9. Il rapporto tra sequestri penali e liquidazione giudiziale nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Con l'adozione del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d. lgs. n. 14 del 2019), il legislatore si è definitivamente assunto la responsabilità di regolare il *traffico delle pretese* tra vincoli penali e gestioni concorsuali, quando queste concorrano sui medesimi beni.

Il nuovo sistema recepisce dall'esperienza giurisprudenziale la necessità di distinguere la disciplina di detti rapporti in ragione della funzione delle diverse

tipologie di cautela.

Le soluzioni prescelte, le regole di prevalenza/soccombenza stabilite, appaiono ora assimilabili a quelle già elaborate in sede pretoria (così è per quanto concerne i sequestri conservativi e, in certa misura, anche per quelli impeditivi); ora distanti da ciascuna delle soluzioni indicate in precedenza (così è per il sequestro finalizzato alla confisca).

Un pregio indiscutibile del nuovo assetto risiede nell'aver stabilito un comune statuto di tutela per i creditori, concorsuali e singoli, dei soggetti destinatari di misure patrimoniali penali e per i creditori dei soggetti sottoposti a procedimenti di prevenzione patrimoniale.

9.1. Prevalenza della liquidazione giudiziale sul sequestro conservativo.

L'art. 319 CCII, dedicato ai rapporti della liquidazione giudiziale con il sequestro conservativo *ex art. 316 cod. proc. pen.*, sancisce la soccombenza di quest'ultimo, configurando in capo al giudice penale il divieto di disporlo in pendenza di quest'ultima (art. 319, comma 1) e l'obbligo di revocarlo, su istanza del curatore e con restituzione dei beni al medesimo, nel caso di liquidazione giudiziale sopravvenuta al sequestro (art. 319, comma 2).

Le ragioni di questa disciplina sono evidentemente le stesse a suo tempo illustrate dalle Sezioni Unite nel 2004 (v. *supra* § 2). Del resto, l'art. 150 CCII riproduce sostanzialmente il previgente art. 51 l. fall., stabilendo il divieto di promozione o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari individuali, a partire dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale.

9.2. Prevalenza incondizionata della liquidazione giudiziale sul sequestro penale impeditivo.

In tema di sequestro impeditivo, la soccombenza del vincolo penale a quello fallimentare è apparentemente declinata dal legislatore in termini più radicali di quanto indicato dalle Sezioni Unite nel 2004.

Lo spossessamento conseguente alla procedura concorsuale¹⁴⁶, realizzando gli scopi del vincolo penale, ne ostacola sia l'applicazione a liquidazione aperta, che il mantenimento, nel caso di liquidazione sopravvenuta. Fanno ovviamente eccezione: *le cose intrinsecamente pericolose* (i beni la cui fabbricazione, uso, detenzione alienazione costituisca reato, sempre che dette attività non possano essere

¹⁴⁶ L'art. 142, comma 1 CIC riecheggia l'art. 42 l. fall.: «La sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale priva dalla sua data il debitore dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale».

consentite mediante autorizzazione amministrativa); i beni non compresi nella procedura liquidatoria (art. 146 CIC¹⁴⁷) o, non suscettibili di liquidazione, per disposizione di legge o per decisione degli organi della procedura¹⁴⁸.

Il meccanismo della revoca è attivato dal curatore, che dovrà comunicare all'autorità giudiziaria penale la dichiarazione dello stato di insolvenza e di apertura della liquidazione giudiziale, ma anche i successivi provvedimenti di revoca e chiusura della procedura concorsuale con l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro.

La disposizione non ammette che il giudice penale, valutate le circostanze di fatto, possa applicare il sequestro impeditivo, ritenendo in concreto inidoneo il vincolo fallimentare a soddisfare l'esigenza di cui all'art. 321 cod. proc. pen.

Alcuni dei rischi prefigurati nella decisione *Focarelli* per giustificare la scelta di non vietare in assoluto il sequestro impeditivo o il suo mantenimento, appaiono però scongiurati *a monte* nel nuovo assetto.

Si allude, in particolare al rischio che l'accesso a procedure concorsuali alternative possa consentire il riacquisto della cosa: in un caso siffatto, nulla impedirebbe di ripristinare il sequestro in precedenza revocato o di imporlo, se mai applicato prima, posto che il divieto di imposizione del sequestro riguarda soltanto i beni che formano oggetto della *liquidazione giudiziale*¹⁴⁹.

Gli oneri informativi attribuiti al curatore – nella misura in cui includono il provvedimento di revoca o chiusura della liquidazione giudiziale e l'elenco delle cose già liquidate e non sottoposte a sequestro – sembrano funzionali al monitoraggio di quegli sviluppi della procedura concorsuale che possono comportare il riacquisto della disponibilità dei beni da parte del fallito sottoposto al procedimento penale. E' a ben vedere tipizzata dal Codice della crisi quell'esigenza di raccordo informativo e coordinamento operativo tra gli organi preposti alle procedure concorrenti che le Sezioni Unite avevano affermato nel

¹⁴⁷ Ai sensi dell'art. 146 CCII «1. Non sono compresi nella liquidazione giudiziale: a) i beni e i diritti di natura strettamente personale; b) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività, entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della sua famiglia; c) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 del codice civile; d) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge. - 2. I limiti previsti al comma 1, lettera b), sono fissati con decreto motivato del giudice delegato, sentiti il curatore ed il comitato dei creditori, tenuto conto della condizione personale del debitore e di quella della sua famiglia».

¹⁴⁸ A tale ultimo riguardo, occorre considerare la previsione dell'art. 142, comma 3, CCII per la quale «Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni del debitore, compresi quelli che gli pervengono durante la procedura, qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi».

¹⁴⁹ In questo senso, A. RUGANI, I Rapporti tra misure cautelari reali e procedure concorsuali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), in *legislazionepenale.eu*, 6.5.2019, p. 12 s.

2004 per via esegetica¹⁵⁰.

9.3. L'estensione al sequestro ex art. 321 comma 2 cod. proc. pen. della disciplina del Titolo IV del Libro I del Codice antimafia: ragioni dell'intervento.

In attuazione dell'art. 13, comma 1 della legge delega (legge 19 ottobre 2017, n. 155), il Governo ha emanato due disposizioni:

a) l'art. 373 del d. lgs. n. 14 del 2019, che opera un'ulteriore interpolazione dell'art. 104-*bis*, comma 1-*bis*, disp. att. cod. proc. pen. che, così come riconfigurato, recita «Quando il sequestro è disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2 del codice ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al titolo IV del Libro I del citato decreto legislativo (d. lgs. n. 159 del 2011)»;

b) l'art. 317 CCII che, nel primo comma, demanda alla disciplina dello stesso titolo IV del Libro I del Codice antimafia la regolazione delle "condizioni" e dei "criteri di prevalenza" rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali ricadenti sulle cose indicate nell'art. 142; per poi precisare, nel comma 2 «per misure cautelari reali... si intendono i sequestri delle cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'articolo 321, comma 2 del codice di procedura penale, la cui attuazione è disciplinata dall'art. 104-*bis* delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale».

Il senso dell'intervento è quello di completare il percorso di armonizzazione della disciplina in tema di tutela dei diritti dei terzi e di rapporti con la procedura concorsuale, superando definitivamente il "doppio statuto di tutela dei creditori", in forza del quale ai creditori singoli o concorsuali di soggetti coinvolti in procedimenti di prevenzione patrimoniale era dedicata una disciplina specifica; mentre la salvaguardia degli interessi dei creditori di soggetti colpiti da sequestri e confische penali *comuni* era affidata alle cangianti e incerte discipline di matrice giurisprudenziale delle quali abbiamo sopra dato conto.

La delega legislativa, essendo declinata nel senso di dettare disposizioni di coordinamento con il codice antimafia, ipotecava il risultato.

Nella Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa si leggeva la chiara indicazione di superare il *mito* della coesistenza tra i vincoli: «Il concorso di vincoli

¹⁵⁰ Per F. GRIECO, I rapporti tra liquidazione giudiziale e misure cautelari penali, in S. DELLA ROCCA – F. GRIECO, Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Primo commento al d. lgs. n. 14/2019, Milano, 2019, p. 363: «Al fine di evitare che, a seguito della revoca della liquidazione giudiziale o della chiusura della procedura senza liquidazione dei beni oggetto dell'originario sequestro, essi tornino in possesso del soggetto al quale sono stati sequestrati è stato introdotto un sistema che consente la ripresa di efficacia del sequestro preventivo».

di natura diversa sui medesimi beni è ammissibile, sul piano astratto, e pacificamente ammesso in giurisprudenza; in concreto, tuttavia, ha dato luogo a esiti pratici non soddisfacenti, tanto da richiedere un intervento normativo volto a determinare condizioni e criteri di prevalenza delle misure adottate in sede penale»¹⁵¹.

Su questa scia si erano posti, prima dell'ultimo intervento, la legge n. 161 del 2017 e il d. lgs. n. 21 del 2018 che, intervenendo sul testo dell'art. 104-*bis* disp. att. cod. proc. pen., avevano già esteso la disciplina del richiamato Titolo IV del Libro I del Codice antimafia alle tipologie ablatorie funzionalmente più omogenee a quel contesto, e cioè ai sequestri e alle confische "allargate" previste dall'art. 240-*bis* cod. pen. (previgente art. 12-*sexies* d. l. n. 306 del 1992) e ai sequestri e alle confische adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen.

A riprova di quanto l'esigenza di armonizzazione fosse avvertita dalla giurisprudenza, è utile richiamare l'indirizzo giurisprudenziale che, già prima del 2017, aveva esteso ai sequestri e alle confische *ex art. 12-*sexies* d.l. cit.* la disciplina del citato Titolo IV del Codice antimafia, profittando di un intervento normativo (art. 1, comma 190 della legge n. 228 del 2012) che aveva, in realtà, richiamato la sola disciplina della *destinazione* e dell'*amministrazione* dei beni confiscati (Titolo III del Libro I d. lgs. n. 159 del 2011)¹⁵².

Dopo l'intervento legislativo del 2017, parte della dottrina propose di ripercorrere quella linea interpretativa per colmare la lacuna residua, per estendere cioè la disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei diritti dei creditori e

¹⁵¹ Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, in www.fallimentiesocietà.it.

¹⁵² Sez. 1, n. 26527 del 20/05/2014, Italfondario s.p.a., Rv. 259331 – 01: «La normativa prevista per i sequestri e le confische di prevenzione dal Titolo IV del D.Lgs. n. 159 del 2011 (cosiddetto "codice antimafia") in tema di tutela dei terzi e di rapporti con le procedure concorsuali, si applica anche ai sequestri e alle confische penali *ex art. 12-*sexies* del D.L. n. 306 del 1992*, che siano state disposte a far data dall'entrata in vigore dell'art. 1, comma centonovantesimo, della legge n. 228 del 2012 (cosiddetta "legge di stabilità"). (In motivazione, la Corte ha ritenuto la soluzione esposta quella maggiormente in linea con il processo legislativo di progressiva assimilazione funzionale tra la confisca penale *ex art. 12-*sexies* cit.* e quella di prevenzione). Muovendo da tale presupposto la Corte aveva anche ritenuto che «il giudice dell'esecuzione penale che sia stato investito dall'istanza del terzo creditore diretta ad ottenere l'ammissione al pagamento del credito ipotecario è tenuto a eseguire, laddove non sia stata già compiuta con esito negativo con provvedimento precedente sul medesimo oggetto, la verifica di sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 52 del d. lgs. n. 159 del 2011 (da ritenersi applicabile anche alla confisca penale) e a trasmetterne gli esiti all'Agenzia Nazionale, alla quale spettano le successive determinazioni di carattere amministrativo» (*Conf.* Sez. 1, n. 15533 del 27/10/2017-dep. 2018, Italfondario s.p.a., Rv. 272626-01; Sez. 1, n. 9757 del 13/12/2016-dep. 2017, Lomi, Rv. 269420; Sez. 1, n. 9758 del 13/12/2016 – dep. 2017, Sebastiani, Rv. 269278; Sez. 1, n. 21 del 19/09/2014 – dep. 2015, ANBSC, Rv. 261712).

rapporto con le procedure concorsuali ai sequestri preventivi *comuni*. L'operazione ermeneutica si presentava costituzionalmente "necessitata": il principio di parità di trattamento avrebbe imposto di riconoscere «a tutti i creditori che si trovino nella stessa situazione (cioè quella di subire la misura ablatoria del proprio debitore) un unico e comune procedimento nel quale far valere le loro (anche se limitate) ragioni»¹⁵³.

9.3.1. L'ambito omnicomprensivo della nuova disciplina.

S'inferisce dai dati testuali sopra riportati e dalla storia dell'intervento normativo come il regime del Codice antimafia sarà applicabile, a partire dal 15 agosto 2020, al sequestro preventivo funzionale a qualsiasi tipo di confisca, senza distinzioni legate al carattere obbligatorio o discrezionale della sua applicazione, alla natura (sanzionatoria o di misura di sicurezza), all'oggetto (diretta o per equivalente), alla dimensione *allargata* (art. 240-*bis* cod. pen.) o specifica (fondata cioè su nessi derivativi/strumentali della *res* con il reato, secondo il modello delineato dall'art. 240 cod. pen.) degli effetti. E senza che neppure assuma rilievo il destinatario (persona fisica o giuridica) della misura ablatoria, dal momento che il Governo ha scelto di non esercitare la delega di cui all'art. 13, comma 2, della legge n. 155 del 2017, che richiedeva una disciplina di coordinamento con le misure cautelari previste dal d. lgs. n. 231 del 2001, differenziata rispetto a quella prevista per il sequestro preventivo comune, in quanto improntata alla prevalenza del diritto concorsuale, fatte salve «le ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale»¹⁵⁴.

9.3.2. I contenuti della disciplina: la prevalenza procedurale del sequestro a fini di confisca.

Definito l'ambito applicativo, si può procedere ad una sintetica illustrazione della disciplina il cui primo tratto saliente è costituito dalla generalizzata prevalenza procedurale del sequestro finalizzato alla confisca sul vincolo concorsuale.

Tanto deriva dal richiamo dell'art. 317 CCII ai "criteri di prevalenza" dettati

¹⁵³ D. POTETTI, Il Libro primo, Titolo Quarto del "Codice antimafia" (d. lgs. n. 159 del 2011) e la sua applicazione al sequestro preventivo comune, in Cass. pen., 2019, 3, p. 1219 ss. Nel contributo, l'A. procede, tra l'altro, alla critica serrata dell'indirizzo giurisprudenziale contrario alla linea richiamata nella nota precedente (Sez. 3, n. 2351 del 11/07/18 – dep. 2019, Dobank s.p.a., Rv. 275462; Sez. 4, n. 36092 del 6/07/2017, Florio, Rv. 270805; Sez. 5, n. 8953 del 20/01/2016, ANBSC, Rv. 266077).

¹⁵⁴ Sul punto v. A. RUGANI, *op. cit.*, p. 13 ss. che riporta anche la giustificazione del mancato esercizio della delega esposta nella *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo*, p. 177: «il d. lgs. n. 231 del 2001 all'art. 53 contiene disposizioni in materia di sequestro ai fini della confisca che rinviano alle norme del codice di procedura penale "in quanto compatibili". Il richiamo contenuto nell'art. 37 dello schema di decreto proprio alle medesime norme (segnatamente all'art. 321 c.p.p.) già oggetto di rinvio ad opera del d. lgs. n. 231 del 2001, induce a non creare uno statuto del sequestro alternativo, ulteriore e diverso, se esso riguardi persone giuridiche. La norma assolve al compito di assicurare "le ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale", secondo un equo contemperamento di interessi,

dal Codice antimafia. In quella sede, la prevalenza del vincolo penale è sancita sia nel caso di sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento (oggi *liquidazione giudiziale*), sia nel caso di sequestro anteriore all'apertura della gestione concorsuale ed è declinata in triplice senso:

- a) esclusione/separazione dei beni sequestrati o confiscati rispetto alla liquidazione giudiziale (artt. 63, comma 4 e 64, comma 1 d. lgs. n. 159 del 2011);
- b) chiusura della procedura concorsuale, nel caso in cui non vi siano nel patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale beni che non siano nel contempo sequestrati o confiscati (artt. 63, comma 7 e 64, comma 10 d. lgs. cit.);
- c) acquisizione alla liquidazione giudiziale dei soli beni rispetto ai quali sia stata revocata la misura patrimoniale penale (artt. 63, comma 6, e 64, comma 10, d. lgs. n. 159 del 2011).

E' evidente la dissonanza rispetto alla soluzione ipotizzata dalla decisione *Focarelli* che riteneva rigidamente insensibili alla procedura concorsuale i soli sequestri finalizzati alla confisca obbligatoria; mentre, nel caso di sequestro finalizzato alla confisca facoltativa, prevedeva uno schema flessibile che demandava alla *discretion* del giudice penale i bilanciamenti necessari per conciliare le diverse esigenze sottese ai due vincoli, sul presupposto della loro pari dignità pubblicistica (v. *supra* § 2).

Deriva dal nuovo assetto l'irrilevanza (almeno a partire dal prossimo agosto) del dibattito, mai davvero sopito, su cosa dovesse intendersi per confisca obbligatoria ai fini *de quibus* (v. *supra* § 3 nn. 7-8).

Il legislatore ha evidentemente valorizzato la caratura interamente pubblicistica degli interessi sottesi al vincolo penale, rispetto a quella parzialmente privatistica del vincolo fallimentare, che in ultima analisi richiama le ragioni creditorie di cui all'art. 2740 cod. civ.¹⁵⁵.

9.3.3. La resistenza dei diritti di credito di fronte al sequestro finalizzato alla confisca: le condizioni sostanziali e la procedura di accertamento.

Il fatto che la liquidazione giudiziale non comporti di per sé un divieto di applicazione del sequestro o della confisca non significa che gli interessi dei creditori debbano soccombere di fronte all'ablazione penale.

Il rinvio integrale al Titolo IV del Codice antimafia include, infatti, gli artt. 52 ss., e cioè alle regole sostanziali e procedurali che assicurano la tutela dei diritti dei terzi di buona fede, ivi compresi i diritti di credito, già nella fase del sequestro e

valevole anche quando si agisca nei confronti dell'ente».

¹⁵⁵ L'osservazione è di E. MEZZETTI, Codice antimafia e codice della crisi: la regolazione del traffico delle prevalenze in cui la spunta sempre la confisca, in Arch. pen. online, 2019, n. 1, p. 8 ss.

anche nell'ipotesi in cui la loro realizzazione interferisca con vincoli imposti a fini di confisca obbligatoria¹⁵⁶.

Per questa ragione, la disciplina che entrerà in vigore il 15 agosto 2020 supera i rigori della decisione *Focarelli* che, in tema di concorrenza del vincolo fallimentare con quello penale correlato a confisca obbligatoria, stabiliva una regola di incondizionata e definitiva prevalenza del sequestro sulle istanze della *par condicio creditorum*.

Ma sovverte anche la prospettiva della sentenza *Uniland*, che riservava la tutela preventiva ai soli diritti dominicali, differendo quella dei diritti di credito ad epoca successiva alla chiusura della procedura concorsuale, quando, con l'assegnazione, sarebbe avvenuta una sorta di trasformazione del diritto creditorio in diritto reale tutelabile.

E ancora, la nuova disciplina rende inattuale la distinzione operata dalla decisione Sez. U, n. 9 dell'8/06/1999, Bacherotti tra i modi e le forme di tutela dei diritti dominicali e quelli dei diritti reali di godimento o di garanzia, individuando soltanto i primi come impedimenti immediati del sequestro e della confisca; mentre i secondi si atteggiavano come meri limiti di gestione del vincolo penale, che ben poteva essere imposto e mantenuto sui beni che formassero contestualmente oggetto del *ius sequelae* del creditore¹⁵⁷.

Si è opportunamente parlato di un ampliamento categoriale dei diritti dei terzi tutelabili di fronte alle misure patrimoniali, un diritto che trova la sua affermazione nell'art. 52, comma 1, d. lgs. n. 159 del 2011, secondo il quale «la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro»; e che risulta azionabile già nella fase del sequestro¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Occorre considerare anzitutto la previsione dell'art. 52, comma 1, d. lgs. n. 159 del 2011 per la quale «La confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro...». Ad anticipare detta salvaguardia al momento del sequestro di prevenzione, sono poi le disposizioni degli artt. 63 e 64 d. lgs. cit.

¹⁵⁷ L'osservazione è di M. BONTEMPELLI-R. PAESE, La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca. Dalla giurisprudenza "Focarelli" e "Uniland" al nuovo codice della crisi d'impresa, in DPC, 2019, 2, p. 132 s. che richiamano i passaggi salienti della decisione Bacherotti (relativa ad un pegno regolare su certificati di deposito al portatore costituito dal condannato a favore di istituti bancari). Escluso che la misura di sicurezza patrimoniale potesse determinare l'estinzione del diritto reale di garanzia, la Corte riconosceva tuttavia l'ammissibilità della confisca delle cose date in pegno dal reo, ponendo però a carico del giudice dell'esecuzione, nell'espletamento della sua attività di gestione e vendita del bene confiscato, l'obbligo di assicurare che «all'esito della procedura di liquidazione, sul ricavato il creditore possa esercitare lo ius prelationis, conseguendo quanto spettantegli, con priorità rispetto ad ogni altra destinazione».

¹⁵⁸ M. BONTEMPELLI-R. PAESE, *op. ult. cit.*, p. 134 osservano che «Alle medesime condizioni previste dall'art. 52 d. lgs. n. 159/2011 è subordinato il riconoscimento della prevalenza delle ragioni dei creditori sulle misure cautelari reali in caso di apertura della liquidazione giudiziale, secondo il nuovo

Le condizioni sostanziali della tutela sono elencate dallo stesso art. 52.

E' significativa, ai fini che ci occupano, la condizione dettata dal primo comma della disposizione, che stabilisce il principio di cristallizzazione del passivo individuando nel sequestro il termine finale entro il quale deve sorgere il diritto di credito e dev'essere stata costituita la garanzia reale, vincolando i beni sequestrati al soddisfacimento dei soli creditori anteriori, principio chiaramente ispirato dalla preoccupazione del legislatore di evitare la pre-costituzione di creditori di comodo.

L'esigenza di evitare insinuazioni surrettizie ispira anche le condizioni dettate dalle lettere c) e d) dell'art. 52, in base alle quali, nel caso di promessa di pagamento, di ricognizione di debito o di titoli di credito, deve essere provato dal creditore o dal portatore il rapporto fondamentale.

Ricalca poi un consolidato orientamento della giurisprudenza la condizione «che il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego», in relazione alla quale incombe sul creditore l'onere di fornire la prova di «avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità».

Quali parametri di valutazione dell'affidamento incolpevole del creditore, il terzo comma dell'art. 52 menziona le condizioni delle parti, i rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e il tipo di attività svolta dal creditore, «anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi».

Si richiamano, allo scopo di concretizzare i *criteria* normativi, gli approdi giurisprudenziali che valorizzano le maggiori fonti informative di cui può disporre il creditore istituzionale¹⁵⁹; ma anche il particolare rigore richiesto nella verifica dell'affidamento incolpevole di coloro che hanno rapporti continuativi con l'impresa sottoposta alla misura di prevenzione, a fronte della maggiore prudenza richiesta nella valutazione del comportamento di chi si trova a stipulare un unico atto negoziale, a meno che l'illiceità dell'attività non possa ritenersi fatto notorio nell'ambiente in cui è avvenuta la negoziazione.

Rileva poi la disposizione limitatrice della prospettiva di realizzo del credito (art. 53), per la quale «i crediti per titolo anteriore al sequestro, verificati ai sensi

regime fissato dall'art. 317 d. lgs. n. 14/2019».

¹⁵⁹ M. ORLANDO, *Provvedimenti ablativi di natura penale e processi esecutivi individuali o concorsuali: esigenze di tutela dei terzi*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, p. 4331) richiama, come caso esemplificativo di insussistenza del requisito di buona fede definito dalla nuova disposizione, la fattispecie esaminata da Sez. 5, n. 15328 del 18 marzo 2009, Rv. 243610, nella quale fu negata tutela ad una banca, titolare di credito assistito da garanzia ipotecaria, che aveva concesso un finanziamento di svariati miliardi ad una società sottocapitalizzata, in una situazione nella quale il terzo creditore disponeva di «tutti gli strumenti utili alla formulazione di un giudizio di inaffidabilità e di non illibatezza dell'operatore commerciale». Mentre F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, p. 566, evince dalla disposizione dell'art. 52, comma terzo, la necessità di tener conto, nella valutazione della buona fede della banca creditrice, del rispetto del d. lgs. n. 231 del 2007 e della legge n. 197 del 1991 in materia di antiriciclaggio.

delle disposizioni di cui al capo II, sono soddisfatti dallo Stato nel limite del 60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati, risultante dalla stima redatta dall'amministratore o dalla minor somma eventualmente ricavata dalla vendita degli stessi». In giurisprudenza si legge questa disposizione in termini di «trasformazione della pretesa del terzo in un mero diritto al ristoro patrimoniale, delimitato non oltre una soglia massima definita *ex lege*»¹⁶⁰.

Il procedimento di accertamento dei diritti dei terzi è regolato dagli artt. 57 ss., secondo un principio di tutela della *par condicio* mutuato dalla procedura fallimentare e scandito dalle fasi: della formazione dell'elenco dei creditori con fissazione dell'udienza di verifica dei crediti (art. 57, modellato sull'art. 89 l. fall.); della presentazione delle domande da parte dei creditori (art. 58); della udienza di verifica dei crediti e della formazione dello stato passivo (art. 59); della vendita e liquidazione dei beni (art. 60); del progetto e piano di pagamento dei crediti (art. 61).

10. Il nuovo significato della legittimazione del curatore fallimentare a contrastare il sequestro penale.

Discende dalla nuova disciplina dei rapporti tra misure cautelari penali e procedure concorsuali una, finora inedita, diversificazione dei margini entro i quali il curatore fallimentare può esercitare la legittimazione processuale riconosciutagli dall'art. 320 CCII.

Nel caso di sequestro impeditivo e conservativo, egli potrà far valere, oltre che l'insussistenza dei presupposti della misura, la prevalenza della liquidazione giudiziale così come prevista dagli artt. 318 e 319 CCII.

Nel caso di sequestro finalizzato alla confisca, l'interesse ad agire del curatore dovrà misurarsi con la sola ipotesi dell'illegittimità del sequestro per difetto dei presupposti procedurali della misura reale (essenzialmente il *fumus* del reato) o della confisca che, con il sequestro, si intende assicurare.

¹⁶⁰ La definizione è tratta dalla motivazione di Sez. 6, n. 49821 del 17 ottobre 2013, Lu.fra.trasporti s.r.l.